فتاوى البرزلي
جامع مسائل الأحكام
لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام

للإمام الفقيه

أبي القاسم بن أحمد البلوي التونسي المعروف بالبُرْزُلي

توفي 841هـ / 1438م

تقديم وتحقيق

الأستاذ الدكتور محمّد الحبيب الهيلة

أستاذ الدراسات العليا بجامعة أم القرى

بمكة المكرمة

الجزء الرابع



دار الغرب الإسلامي

فتاوى البرزلي

جامع مسائل الأحكام

4

الطبعة الأولى

دار الغرب الإسلامي

ص. ب. 5787-113 بيروت

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

مسائل القضاء(1)

[1 ب] عياض عن الأزهري: القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه والقضاء والفصل في الحكم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى لَّقُضِيَ بَيْنَهُمْ﴾(2) أي لفُصِل بينهم في الحكم. ويقال قضى دينه أي قطع غريمه عنه بالأداء. وكل ما أحكم عمله فقد قضي. ويقال: قضيت هذه الدار أي أحكمت عملها. وقوله ﴿وَإِذَا قَضَىٰٓ أَمْرًا﴾(3) أي أحكمه.

وحقيقته في العرف، قال شيخنا الإمام: هو صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين. فيخرج التحكيم وولاية الشرط وأخواتها والإمامة. وقول بعضهم: هو الفصل بين الخصمين واضح القصور.

وقيّدنا عنه حين قرأنا عليه ابن الحاجب في تأليفه في الفروع: إنه ولاية على تنفيذ حكم شرعي مستندة لولاية سلطانية بل شرعية. وحين قرأنا عليه التهذيب قال مرة: حكم شرعي مستند لولاية سلطانية أو صفة توجب قبول حكم موصوفها كلياً لولاية إمام أو جماعة لفقده.

---

(1) من هنا يبدأ الجزء الثالث في المخطوطة ب وج. أما المخطوطة أ فقد اختلف فيها تقسيم الجزء الثالث وبدايته فكانت قبل هذا بكثير، وقد أشرنا إليه في محلّه. أما ترقيم الورقات في التحقيق فقد اعتمدنا فيه المخطوطة ب بداية من أول هذا الجزء.

(2) سورة الشورى، الآية: 14 وقد ورد نقص بالآية في جميع الأصول.

(3) سورة البقرة، الآية: 117 وورد نص الآية ثلاث مرات أخرى في القرآن.

ابن سهل: تلخيص ولاية الأحكام ست خطط: أولها القضاء ووالي الردّ والمظالم والشرطتان المدنية والسوق. فتعلُّق حكم والي الردّ ما استرابه القضاة وردّوه عن أنفسهم. وصاحب السوق يعرف بصاحب الحسبة لأن أكثر نظره فيها بالأسواق مِن غش وتفقّد مكيال وميزان.

قال شيخنا الإمام عن بعض من لقي: لا يجوز له الحكم في عيوب الدار ولا مخاطبة حكام البلاد بالأحكام. قال: وأشرفها قضاء الجماعة لأنه ينظر في *القليل والكثير من غير تحديد، وينفرد بأن لا يرجع إلى غيره بنظر وأن يؤدب* لنفسه إذا وجب له ويتولى الفصل بالقصاص في الأنفس والجراحات والوصايا والأحباس والمواريث والنظر للأيتام والتقديم والتحجير والتسفيه والإطلاق والقسم بينهما وشبه هذا. ومن ذكر سوى أن يحكم بينهما في غير هذا، ولا يرد حكمه إلاّ إذا كان جوراً بيّناً.

عياض: شروط القضاء التي لا يتمّ القضاء إلاّ بها ولا ينعقد ولا يستتم عقده إلاّ معها عشرة: الإسلام، والعقل، والذكورية، والحرية، والبلوغ، والعدالة، والعلم، وسلامة حاسة السمع والبصر من العمى والصمم، وسلامة حاسة اللسان من البكم، وكونه واحداً لا أكثر.

وشرط العلم فيها إذا وجد لازم ككل ما قلناه. فلا يحل تقديم من ليس بعالم ولا ينعقد له تقديم مع وجود العالم المستحق القضاء، لكن رخص في من لم يبلغ رتبة الاجتهاد في العلم إذا لم يوجد من بلغها. ومع كل حال لا بد أن يكون له علم ونباهة وفهم في ما يتولاه وإلاّ لم يتح له أمر.

وأمّا شرط السمع والبصر فقد حكى فيه الاجتماع من العلماء مالك وغيره، وهو المعروف عنه، إلاّ ما حكاه الماوردي عن مالك أنه يجوز قضاء الأعمى، وهو غير معروف ولا يصح عن مالك، إذ لا يتأتّى قضاء ولا ضبط ولا مَيْز مُحِقٍّ من مبطل ولا تعيين طالب من مطلوب ولا شاهد من مشهود عليه من الأعمى. وكذا اشتراط السمع والكلام لم يختلف فيه العلماء ابتداء ونص عليه شيوخنا إذ يتعذر عليهما الفهم والإفهام غالباً.

وليس كل شاهد يكتب اسمه. وفي التعويل على كتابة غيره في ما فعله الشهود والخصوم حرج واعتماد في حمل قضائه عليه لا على غيره.

واختلف إذا طرأت هاتان الآفتان بعد العقد هل يُعزل عن القضاء أم لا؟ لتوصله في أغراض القضاء بالكتابة والقراءة. وأما اجتماع هاتين الآفتين فبعيد القضاء معهما. وقل ما يوجد أبْكم إلاّ أصم.

وأما كونه واحداً فلا يصح تقديم اثنين إلاّ أن يقضيا معاً في قضية واحدة لاختلاف الأغراض وتعذّر الاتفاق وبطلان الأحكام لذلك.

ثم بعض هذه الشروط إذا عُدِمت في من قُلّدَ القضاء بجهل أو غرض فاسد ثم نفذ منه حكم فإنه لا يصح ويُرد، وهي الشروط الخمسة الأول [2 أ] والخمسة الأخيرة تنفذ أحكام من عدمت فيه ما وافق الحق وهو الصحيح، أو يمضي إذا وافق الحق.

وشروط الكمال عشرة أيضاً: خمسة أوصاف تنتفي عنها وخمسة لا تنفك عنها. فالأولى أن يكون غير محدود ولا مطعون عليه في نسبه بولادة اللعان والزنا وغير فقير وغير أمي وغير مستضعف. وأن يكون فطناً نزيهاً حسيباً حليماً مستشيراً لأهل العلم والرأي.

قال شيخنا الإمام: القضاء أخصّ من العلم بفقهه، لأن متعلق فقهه كلي من حيث هو كلي، ومتعلق علمه كلي من حيث صدق كلّيته على جزئياته. وكذا فقه الفقيه من حيث كونه فقيهاً هو أعم من فقه الفقيه من حيث كونه مفتياً. ولذا أخبرنا بعض شيوخنا في تدريسه عن الشيخ أبي عبد الله بن شعيب أنه كان ولي القضاء بالقيروان ومحل تحصيله في الفقه وأصوله شهير ببلدنا، فلما جلس الخصوم إليه وفصل بينهم ودخل منزله مقبوضاً قالت زوجته: ما شأنك؟ فقال: عسر عليّ حكم القضاء، فقالت له: قد شاهدتك بسهولة أمر الفتوى عليك، فاجعل الخصمين كمستفتيْن سألاك، فاعتبرتُ ذلك فسهل عليّ.

قال: وإذا تأملتَ ذلك علمت أن حال الفقيه من حيث هو فقيه كحال عالم بكبرى اقتباس الشكل الأول فقط، وحال القاضي والمفتي كحال عالم بها مع

علمه بصغراه. ولا خفاء أن العلم بها أشق وأحظى من العلم بالكبرى فقط. وأيضاً فقهاء القضاء والفتيا مبنيان على إعمال النظر في الصور الجزئية وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف الكائنة فيها فيلغي طردها ويعمل معتبرها.

ولذا ذكر ابن الرقيق أن أمير إفريقية استفتى أسد بن الفرات في دخوله بجواريه الحمام دون ساتر له. فأجاب: بجوازه لأنهن ملكه، وأجابه أبو محرز القاضي بمنعه قائلاً له: إن جاز لك النظر إليهن ولهن منك لم يجز لهن النظر إلى بعضهن بعضاً، فأغفل أسد إعمال كمال النظر في هذه المسألة الجزئية فلم يدرك حالهن في ما بينهن واعتبره أبو محرز فأصاب.

قلت: ولهذا قيل إن أبا محرز كان أفقه نفساً والآخر أحفظ، فجرى كل منهما على ما علم فيه، والأفقه أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام «رُبَّ حامل فقه ليس بفقيه، رُبّ حامل فقه إلى من هو أفقه منه».

وفي السلوانات لابن ظفر: إياك والأخذ عمن يسرع بالأجوبة عن المسائل.

قلت: لأن الغالب عليه الخطأ، ولهذا قال مالك: جُنّةُ العالم «لا أدري». والعلم ثلاث: الكتاب والسنة و«لاأدري». أو علمان: الكتاب والسنة طرف، و«لا أدري» طرف آخر. وإذا ترك العالم «لا أدري» أصيبت مقالته.

وفي المدونة قال مالك: ليس علم القضاء كغيره من العلوم ولا أعلم بهذا البلد أحداً أعلم بالقضاء من أبي بكر بن عبد الرحمن، وكان أخذ شيئاً من علم القضاء من أبان بن عثمان، وأخذ ذلك أبان من أبيه عثمان. كذا وقع غير مرة لأبي بكر بن عبد الرحمن وإنما كان مشهوراً بالعبادة. في كتاب الاعتكاف.

ووقع في رواية ابن وهب أنه هنا أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وعرف ابن الحذاء بالأول. وقال: يقال فيه راهب قريش لفضله وكثرة [2 ب] صلاحه ولم يصفه بولاية قضاء، وعرّف بأبي بكر بن عمرو بن حزم، فقال: توفي بالمدينة وبها كان مسكنه سنة عشرين ومائة، وكان قاضياً بها، وقضى بها ابنه بعده عبد الله.

وقال ابن وهب عن مالك: لم يكن أحد من أهل المدينة في العلم بالقضاء ما كان عند أبي بكر بن محمد، وكان فقيهاً وأمَّره عمر بن عبد العزيز على المدينة بعد أن كان قاضياً، ولم يكن على المدينة أمير قاض غير أبي بكر بن عمرو بن حزم. وفي رواية عن ابن وهب: وكان أبو بكر يعلم القضاء من أبان بن عثمان وتعلم أبان من أبيه.

قلت: وقد اختلف أيهما أحد الفقهاء السبعة فقيل الأول، وقيل الثاني، والآخر أحد النظراء السبعة. فالفقهاء سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وخارجة بن زيد بن ثابت وأبو بكر بن عبد الرحمن على الخلاف، وعبيد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار. والنظراء السبعة: سالم بن عبد الله وأبان بن عثمان وعلي بن الحسن وأبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف وعلي بن عبد الله بن عباس وأبو بكر بن عمرو بن حزم وعبد الله بن هرمز. هؤلاء الأربعة عشر من التابعين أفقه أهل زمانهم.

والفقهاء السبعة حجة عند مالك واحتج بهم في إحدى عشرة مسألة، منها في الزكاة الأول والثاني والنكاح الأول والعتق الثاني والتدليس والجعل والإجارة والرواحل اثنان والقراض والشهادات والجنايات[1].

وأقوال الشيوخ واضحة على جلالة خطة القضاء وندور السلامة.

ابن سهل عن بعض الناس: إن خطط القضاء من أعظم الخطط، قدراً وأجلها نظراً لا سيما إذا جمعت إمامة الصلاة. قال شيخنا: ومقتضاه حسن اجتماعهما. والمعروف ببلدنا قديماً وحديثاً منع إمامة قاضي الجماعة بها أو الأنكحة إمامة الجامع الأعظم بها. وقال: سمعت بعض شيوخنا أنهم يعللون ذلك بأن القاضي مظنة لعدم طِيب نفس المحكوم عليه به مع تكرر ذلك في الآحاد فيؤدي إلى إمامة الإمام من هو له كاره. وما خرّج الترمذي عن أبي أمامة قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاثة لا تجاوز صلاتهم آذانهم العبد الآبق حتى يرجع

(1) لم يرد هذا النص في ما طُبع من كتاب تاريخ الرقيق القيرواني.

وامرأة باتت وزوجها عليها ساخط، وإمام قوم وهم له كارهون».

قلت: إن كان كرههم لأجل الحكم عليهم بالحق فلا عبرة به بل هذا يوجب كمال العدالة وكونه أحق مَن أمّ.

وعن أبي عمران: إذا كره الجماعة إمامهم لأجل الدنيا فلا عبرة بذلك ولا يوجب عزلاً[1].

ابن رشد وغير واحد: الحكم بين الناس بالعدل من أفضل أعمال البر وأعْلا درجات الأجر، والجور فيه واتّباع الهوى من أكبر الكبائر، وهو محنة، ومن دخل فيه ابتلي بعظيم لأنه عرض نفسه للهلاك إذ التخلص فيه عسير. قال عمر ـ رضي الله عنه ـ: وددت أني أنجو من هذا الأمر كفافاً، لا لي ولا عليّ.

ابن الحاج عن عائشة: سشمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن القاضي العدل يجاء به يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أن لا يكون قضى بين اثنين في تمرة قط».

وليحيى بن عمر قال: عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «من استُقضِيَ فقد ذبح بغير سكين». وفي حديث من طريق حذيفة يقول: «إن جوْر الأئمة يهزل الطير[3 أ] والوحوش والسمك في البحور».

وعن طاوس أنه بعث إليه سليمان بن عبد الملك مسألة عن الحديث فقال: حدثني حذيفة بن اليمان أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «إن أعتى الناس وأبغض الناس إلى الله وأبعد الناس من الله يوم القيامة رجل ولاه الله من أمر أمّة محمد شيئاً ثم لم يعدل فيهم». قال يحيى بن الزبير: فلم يزل حديث طاوس يعرف في سليمان من ذلك اليوم.

وسأل سليمان طاوساً أيضاً عن خير الناس منزلة عند الله يوم القيامة قال: **إمام مقسط**، قال: فمن شر الناس منزلة عند الله، فسكت ساعة ثم قال: شر **الناس** منزلة عند الله يوم القيامة رجل أشركه الله في حكمه ثم أدخل عليه الجور

---

(1) في ج: وعن ابن عمر، وفي ب: وعن أبي بن عمران.

في عدله، قال: فأظلمت الأرض على سليمان حتى اسودّ ما بينه وبين طاوس، حتى عرف الغضب في وجهه، فأشار أهل المجلس إلى طاوس أن قم فقام.

قلت: وذكر ابن عبد ربه في العقد مقامات العلماء بين يدي الملوك ووعظهم إياهم جملة كافية، فمنهم من يستحسن ويبكي ويعرف ذلك فيه، ومنهم من يغضب وربّما عاقب وربّما أمسك نفسه وربّما همّ بالعقوبة ثم رجع واستكان بعد الغضب الشديد والرجوع إلى الحق. كقضية محمد بن الأغلب مع سحنون في سَبْيِ تونس حكاها ابن الرقيق وغيره[1].

ومن هذا قوله عليه الصلاة والسلام «القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة» فناهيك من صفقة ثلثاها خاسر.

وحكاية أبي حنيفة المشهورة أن القضاء بمنزلة من يعوم في البحر فمن لا يحسن العوم يغرق من أول ما ينزل فيه، والآخر يحسن بعض العوم فيعوم قليلاً ثم يغرق، والثالث الذي يحسن العوم يستقبل بحراً لا ساحل له فما عسى أن يعوم حتى يغرق؟ ولهذا بقي في امتحان المنصور حتى مات.

قلت: لعدم توليته القضاء.

وأما فضله فالحديث الصحيح «سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلاّ ظله: منهم إمام عادل». وعن ابن عمر أن النبي ﷺ قال «المقسطون عند الله يوم القيامة على منابر من نور على يمين الرحمن، وكلتا يديه يمين، الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما ولّوا».

وعن أبي هريرة عنه ﷺ كان يقول «إذا نوى الإمام العدل أعطاه الله خمس خصال أولها توفيق العدل، والثانية نور[2] الفراسة فينظر بنور الله فلا يخطىء فراسة، والثالثة الهيبة في قلوب أهل الريبة، والرابعة يوكل الله به ملكين يوقفانه

---

(1) وهي قصة لم ترد في ما طُبع من تاريخ الرقيق. وقد رواها القاضي عياض في مداركه في ترجمة الإمام سحنون. انظر عياض: تراجم أغلبية مستخرجة من مدارك القاضي عياض ص 107، 108.

(2) سبع جُمَل سقطت من ب.

ويدلانه للحق، والخامسة يعطى من الأجر في عدل ساعة مثل أجر عبادته في بيته ستين سنة».

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص عنه عليه الصلاة والسلام قال «إذا قضى القاضي فاجتهد كان له عشرة أجور، وإذا اجتهد فأخطأ كان له أجران». ونقله ابن يونس «إذا أصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر» وقيده أبو محمد: هذا إن كان من أهل الاجتهاد فهو الذي يعذر، وأما المتكلف فهو الذي قال فيه في الحديث الآخر إنه من أهل النار.

وعن الحسن: أجر حكم عدل يوماً واحداً أفضل من رجل صلى في بيته ستين سنة. وعن عمر قال: إذا صادف الحق الهوى كان أحلى من العسل. وعنه أيضاً: ما وجدت من أمر شيئاً ألذ عندي من حق وافق هوى.

ابن الحاج: عن إياس بن معاوية ما شبّهتُ عمر بن عبد العزيز إلاّ برجل صانع حسن الصنعة ليس له أداة يعمل بها، بمعنى لا يجد من يعينه.

قلت: وصدق لقوله عليه الصلاة والسلام «إنكم تجدون عن الخير عواناً وهم لا يجدون على الخير عواناً».

ابن عمر: وكتب إليّ أبو موسى [3 ب] الأشعري: إن للناس وجوهاً يرفعون حوائج الناس فأذنْ لوجوه الناس وأشرافهم وتجنّبْ الضعيف العقل في الحكم والقسم.

قلت: إذا كان يقبل ما يرد عليه من أخبار المخبر المصدق أو يسمع الحكم ويستكين إليه. وأما إن كان يكرهه ولا يعمل به فالأولى ذكره إن لم ينبن عليه مفسدة، وإن كان بيّناً فتركه خير وقد سقط حكمه عنه.

وحكاية عبد الرحمن بن أنعم مع المنصور أبي جعفر من قوله: إن الأمير سوق ولا يجلب في كل سوق إلاّ ما ينفق فيه مشهورة حكاها ابن الرقيق. وكذا حكاية ذكرها بعضهم عن ابن العربي[1] في قاضي القيروان حين مرّ به وأنه ردّ

(1) في ب: ابن الغولي، وفي أ: ابن أبي العربي.

عليه مسائل أخطأ فيها في ظهار فتسبب في قتله لولا أنه تفطن لذلك واسترجع نفسه وذكر ضّد ما علم منه فكان سبب نجاته من القتل.

قال: وكتب ابن طالب لبعض قضاته بأجوبة مسائل سأله عنها وكتب في آخرها: اقصد إلى ما فيه الرفق ولا تأخذ الأمور بالعجلة واعذر ولا تمهل الظالمين فيكثروا وتعاهد العمال ولا تستهزىء بالضعيف ولا تطوّله بأن تقول: اقعد وأنا أنظر في أمرك فيطول عذابه بغير نظرك. ولا يعجبك من الدنيا شيء، وتفكر عند غضبك وعند رضاك بأن إبليس يرتصد لك ويطلب لك عذاب الخلود. ولا صبر لنا على النار، فحاذر واخْلُ بالكريم ربك وتضرّع إليه فقد ابتليتك وابتليت نفسي فعُدَّهَا بلية وانظر كيف تخرج منها، وتعاهد أَمَنَاءَك ولا تجعله ملكاً يتباهى فيه بالأعوان والأخدان. كل الناس أبناء دنيا وإنما يدوم ما أريد به وجه الله الكريم السيد العظيم، فاذكر إحسان الله الكريم عندما تذكر إحسان رجل إليك، واذكر خوفك من الله عندما تخاف خلقه. ولا تشرع في الأحكام حتى تتضح لك الأمور فتشاور فيها. ولا تقبل كتب الرضى ولا تقبل إلاّ الكتب المنكية لك المنغصة لعيشك فلعلك أن تتخلص.

فاعلم ما كتبت به إليك واتق الله في ما أنت بسببه، واذكر الموت وكربته والقبر وظلمته والصراط وحدّتَه وهوْله فقد عظمت بليتك. واشغل نفسك بالدعاء في ظلمة الليل وعلى فراشك وفي كل الأوقات ولا يغررك ما أصابك من دنياك فإن الدنيا مقرونة بالعثرات وهي دار الغرور. واعلم أني أدعو الله لك وأرغب الله في حياطتك فاتق الله ولا تعجل بالأحكام ولا بالضرب والسجن لمن وجب عليه الضرب حتى تتيقن، واكتب كل ما يقول الشاهد بجميع قوله ولا تتغافل في وقت شهادته فتشتغل فتهلك أموال الناس. واشتغل بأن تأمر بالإصلاح فإنه قضاء كبير، فإذا أشكل عليك الأمر فقل قوموا عني فاصطلحوا، ورُدَّ ذوي القرابات حتى يصطلحوا ولا تضرَّ بهم. واستعن بأهل الدين فأقرب الناس إليك أنشطهم في عونك حتى تخلص، وتَوَقَّ واحترس ولا وقاية ولا احتراس أكثر من طاعة الله الكريم فإن نصرَكَ فمَن يخذلك؟ وإن خذلك فمن ينصرك؟ فلا إله إلا الله الكريم العظيم.

وسوف أقف معك بين يدي الحكم العدل فيسألني عن تقديمك ثم يسألني عما أمرتُك به ونصحتك به. فقد والله أمرتك بتقوى الله وإيثاره فلا تنصرف عن أمره فيصرف وجهه الكريم عنك ولن ينجيك منه أحد، أعانك الله [4 أ] والسلام عليكم.

ابن رشد: فالهروب منه واجب لا سيما في هذا الوقت. قال مالك: قال لي عمر بن حسن: ما أدركت قاضياً استُقْضِيَ بالمدينة إلا عرفت كآبة القضاء عليه وكراهيته في وجهه إلا قاضيين سماهما ابن عبد السلام. هذا حين كان القاضي يُعَانُ على ما ولِيَه، وربّما كان بعضهم يحكم على من ولاه ولا يقبل شهادته إن شهد عنده. وأما إذا صار القاضي لا يُعان بل من ولاه ربّما أعان عليه من مقصوده بلوغ هواه على أي حال كان، فإن ذلك الواجب ينقلب محرماً، نسأل الله السلامة.

وأكثر الخطط الشرعية في زماننا أسماء شريفة على مسميات خسيسة.

قال شيخنا الإمام: وحدثني من أثق به وبصحة خبره، أنه لما مات القاضي بتونس الشيخ الفقيه أبو علي بن قداح، تكلم أهل مجلس السلطان أبي يحيى أبي بكر في ولاثة قاضٍ فذكر بعض أهل المجلس الشيخ ابن عبد السلام فقال بعض كبار أهل المجلس: إنه شديد الأمر ولا يطيقونه، فقال بعضهم: فسنجرب أمره، فدسّوا عليه رجلاً من الموحّدين كان جاراً له يعرف بابن إبراهيم، فقال له: هؤلاء امتنعوا من توليتك لأنك شديد في الحكم، فقال له: أنا أعرف العوائد وأمشّيها، فحينئذ ولوه في عام أربعة وثلاثين إلى أن توفي ـ رحمه الله ـ عام تسعة وأربعين وسبعمائة.

قلت: لعله إنّما ذكر ذلك لأنه خاف أن يَلِيَ من لا يصلح بوجه فكان كلامه مانعاً منه. وقد جرى لشيخنا المذكور ذلك مع سيدي الشيخ الفقيه قاضي الجماعة أبي العباس بن حيدرة فإنه لما توفي سيدي الشيخ الفقيه قاضي الجماعة أبي علي بن عبد الرفيع طلبوا تقديم قاضٍ في مجلس السلطان الأمير أبي اسحاق وحضره شيخنا المذكور وقالوا: العادة أن قاضي الأنكحة يراجع قاضي

الجماعة، فقال سيدي الفقيه: الله يرفق بالناس في خلقه، وعيّن القطان من أهل سوسة، فقال السلطان: ما نأتي به من القرى حتى تكون تونس قد خلت ممن يصلح، وقدم ابن خلف الله السقطي، فوقعت مفسدة هي أكبر وأعظم فيغفر الله للجميع ويرحمهم.

اللخمي وغيره: إقامة حكم للناس واجب لما فيه من رفع الهرج والمظالم. فعلى الوالي على بلد الناظر في أحكامهم إن كان أهلاً لذلك، فإن لم يكن أهلاً واشتغل عن ذلك وجب عليه أن يقيم لهم من هو أهل لذلك، وإن لم يكن بالموضع والٍ كان ذلك لذوي الرأي والثقة.

المتيطي: قال مالك لم يكن في زمنه ﷺ ولا في زمن الخلفاء قاض فهم كانوا يقضون بين الناس، وأول من استقضى معاوية وأنكر أن يكون علياً استقضى شريح. وحكى ابن شعبان أن أول قاضٍ استُقْضي عبد الله بن نوفل ولاه معاوية العراقين. أول من استقضى عمر وجه شريحاً للكوفة وكعباً بن شداد للبصرة. وقيل: أول من استقضى علي لما شغلته الحروب ولّى شريحاً.

وقول مالك: لم يستقض أبو بكر ولا عمر ولا عثمان يعني بدار الهجرة، وسائر البلاد بعثوا لها قضاة. استقضى رسول الله ﷺ علياً ومعاذاً وغيرهما. وقبول ولايته من فروض الكفاية إن كان بالبلد عدد يصلحون لذلك، فإن لم يكن من يصلح لذلك إلا واحداً تعيّنَ عليه وأجبر على الدخول فيه.

وروى [4 ب] أبو عمر: إنّما يُجبَر على القضاء من لا يوجد غيره، يُجْبَر بالسجن والضرب.

قلت: كما فعله روح بن حاتم بعبد الله بن فروخ حين هدده بأن يلقيه من أعلى الجمهور[1] بجامع مدينة القيروان[2] وما فعله إبراهيم بن أحمد بعيسى بن مسكين حين سلّ عليه السيف وقدم نحره له حين شدّ عليه، حتى ضمّ حمديس

---

(1) كلمة سقطت من أ و ب، ووردت في ج: الجمهور وهو ما ارتفع من البناء.
(2) وردت القصة في تاريخ الرقيق القيرواني ص 141.

ويحيى بن عمر ثيابهما خشية أن تتلطخ بدمه[1].

خلاف هذا وهذا[2] وعيد شديد الهروب - والله - منه واجب ولو أدى إلى ضربه بالسياط. ولو تعيّن عليه في ظنه ووقوفه بين يدي الله تعالى فارغاً من سؤال الخصوم أخفّ عليه من تركه واجباً تعين عليه، رحمة الله له أوسع في طلب حقوق العباد، مع أن الأصول تقتضيه وهو إذا التقى ضرران نفي الأصغر للأكبر وارتكاب أخفهما أهون عليه...[3] وكذا حسنه القاضي يتبعها الآن من السؤالات إذا كانت حقاً فهي عذاب، من نوقش الحساب عُذّب، فكيف إذا كان فيها هوى أو خروج عن سواء الطريق؟

فالله ينجينا من الفتن ما ظهر منها وما بطن، فنسأل الله أن لا يجعل لي ولا لذريتي فيه قسمة إنه سميع مجيب.

ابن عات: يجبر الرجل على القضاء إذا كان لها أهلاً لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾[4].

سحنون: إذا كان الرجل أهلاً للقضاء فاستعفى عنه عوفي منه إن وجد له عوض، وإن لم يوجد جبر عليه، فإن أبى سجن، فإن أبى ضرب عليه.

الشعباني: إن لم يوجد غير واحد ممن يشغل القضاء أُجْبِر عليه إن امتنع بالضرب والسجن، وإن وجد غيره لم يجبره.

الأبهري: إن دعي إلى العمل فأبى وخشي ضرب ظهره، أو على دمه أو سجنه، فأما الضرب والسجن فإن صبر فهو أفضل، وأما دمه فإن عمل فهو في سعة إن تحرى العدل والإنصاف، وإن لم يمكنه لم يجز له أن يتعدى الحق ويصبر على ما يلحقه من المكروه إذ لا يجوز أن يبطل حق المسلمين وحرمتهم

---

(1) وردت القصة في مدارك القاضي عياض في ترجمة عيسى بن مسكين. انظر تراجم أغلبية ص 335، 336.

(2) كذا وردت الجملة مضطربة في جميع الأصول.

(3) بياض بمقدار كلمتين بجميع الأصول.

(4) سورة المائدة، الآية: 2.

لنفسه وحرمته. وإن كان الداعي له إلى العمل غير عدل لم يجز لأحد إعانته على أموره لأنه متعد في فعله فيجب له أن يصبر على المكروه ويدع العمل معه، وإن كان عدلاً جاز له العمل معه ويستحب له إعانته، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾[1] الآية، وقال عليه الصلاة والسلام «المؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضاً» وقال «المؤمن الذي يخالط الناس ويصبر على أذاهم».

وفيه: لما ولي إياس من معاوية القضاء دخل عليه الحسن وإياس يبكي، فقال له الحسن: ما يبكيك؟ فذكر إياس الحديث «القضاة ثلاثة إثنان في النار وواحد في الجنة» فقال له الحسن: إن ما قص الله علينا من نبإ سليمان وداود ما يرد قول هؤلاء الناس فزادوا ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ﴾ إلى قوله: ﴿فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۚ﴾[2] فحَمَد سليمان ولم يذمّ داود. وعن الحسن: لولا ما ذكر الله من قضية هذين الرجلين لرأيتُ أنّ القضاة هلكوا فإنه أثنى على هذا بعلمه وعذَرَ هذا باجتهاده.

قلت: الصواب عدم القياس على هذين الرسولين السيدين لما أثبت لهما من العصمة مع أنه وقع التشديد في حق داود عليه السلام [5 أ] . فقوله: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾[3] الآية، ولعله إنّما أراد في حقه أن يقتدى به فالمراد غيره كقوله: ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾[4] ومقاتلة النفوس من أصعب الأشياء ولهذا كان الجهاد الأكبر إلاّ من عصمه الله فالأمر عليه متيسّرٌ فلا يقاس عليه.

ابن رشد: طلبه والحرص عليه حسرة وندامة يوم القيامة من طلبه وكل إليه[5] وخيف هلاكه، ومن امتحن به وهو كاره له أعين عليه.

فيجب أن لا يولّى القضاء من أراده وطلبه وإن اجتمعت فيه شروط القضاء. قال شيخنا: ظاهره مطلقاً.

---

(1) سورة المائدة، الآية: 2.

(2) سورة الأنبياء، الآيتان: 78، 79.

(3) سورة ص، الآية: 26.

(4) سورة الزمر، الآية: 65.

(5) جملتان سقطتا من ب.

وزعم بعضهم أنه إن خاف من فيه أهليته أن لا يؤمن من لا أهلية فيه إنّ له طلبه. وقد تحققت بالخبر الصادق أن بعض شيوخنا وكان ممن يُشار إليه بالصلاح لما وقع النظر بتونس في ولاية قاضي الأنكحة تسبّب في ولايتها تسبُّباً ظاهراً علمه القريب منه والبعيد. وما أظنه قال ذلك إلاّ لما نقل المازري، والأعمال بالنيات.

قال المازري: يجب على من هو من أهل الاجتهاد والعدالة السعي في طلبه إن علم أنه إن لم يسأله ضاعت الحقوق أو وليه من لا يحل أن يولّى. وكذا إن وليه من لا تحل توليته ولا يسأل العزل إلاّ بطلبه، ويحرم طلبه على فاقد أهليته. وقال بعض العلماء: يستحب طلبه لمجتهد خفي علمه وأراد إظهاره بولاية القضاء، أو لعارض عن قوته وقوت عياله إلاّ لرزق القضاء، ولا يقتصر بالاستحباب على هذين بل يستحب للأولى به غيره لأنه أعلم منه. وفي كونه في حق المشهور علمه الغني مكروهاً أو مباحاً نظر. قال: وأصول الشرع تدل على الإبعاد منه.

قال شيخنا: هذا كله ما لم تكن توليته ملزومة لما لا يحل من تكليفه تقديم من لا يحل تقديمه للشهادة. وقد شاهدنا في ذلك ما الله أعلم به فلا فائدة في كتبه هنا.

قلت: وشاع أن أهل البلاد المشرقية يكترون القضاء ويزعمون أنه منقول عن الشافعي، ولم أر من يعتبر نقله يعزوه إلى عالم، غير أن بعض شيوخنا كان يخرجه على ما تقدم للمازري إذا كان يتعيّن عليه بما تقدم ولا يقدر أن يتوصل إليه إلاّ بالإعطاء ويكون من باب ما لا يتوصل إلى الواجب إلاّ به فيهادي عليه ويرشي.

وكان بعض أصحابنا لما حكى شيخنا الإمام ما حكاه ابن هارون عما شاهده في البلاد عام حجه وقوله للذي ولاه بعد العزل بسبب زيادة في الأجرة: تكري الشخطور[1] سائراً وراجعاً أم لا؟ فقال له: سائراً. فقال هذا لصاحب

---

(1) الشختور: وقد وردت الكلمة في جميع الأصول بالطاء «الشخطور»، وهو مركب بحري. انظر دوزي: الملحق للمعاجم 733:1.

هذا: لم نشاهده في البلاد ولكنهم يعطون الرشا خيفة لمن يتسبب لهم في هذا، كما يقع بمصر في بعض من يتقدم هنا للشهادة يهادي المتقربين للولاة أو للقضاة حتى يتسببوا لهم إلاّ أن هذا يكون من القضاة.

قلت: ولما حججت عام تسعة وتسعين سمعت أن هذا شائع عندهم ولا يتخفون به لأمور جرت بين أمير مصر وفقهائها. وبالجملة إن ثبت هذا فقد اتخذ الأمراء دين الله دُوَلاً، فإنا لله وإنا إليه راجعون. اللّهم قِنَا من الفِتَن ما ظهر منها وما بطن.

ابن عاتٍ عن مختصر ابن شعبان من رواية ابن القاسم: سئل مالك إذا بايع الناس رجلاً بالإمارة ثم قام آخر فدعا الناس إلى بيعته فبايعه بعضهم، فقال: قد روي أن المبايع الثاني يقتل وهو عندي إذا كان الأول عدلاً. وأما إن كان مثل هؤلاء فليس له بيعة إذا كانت بيعته على الخوف [5 ب] والبيعة للثاني إن كان عدلاً، وإلاّ فلا بيعة له تلزم.

وسئل: شيخنا عما يجري من أحكام البيعة للملوك في الذي بعث لخيفة بالبيعة وهو في قطر أمير آخر والخلافة شرعية أو لا يجوز القيام عليها بحصولها؟

فأجاب: بأن ذلك خلع للطاعة وصار حكمه حكم المحارب.

قلت: وقد جرى هذا عنده ببجاية، وجد بخط رجل من عدولها في ما سمعت أنه بايع للرضا من أهل البيت ولم يعيّنه، وعثر على كتبه وقد بعثه للشرق فسئل عنه فأنكر وتمادى على إنكاره وشهد على خطه، ثم إنه لم يظهر بعد ذلك وفُقِد، وقد كان الظاهر أن الفتوى أنه همّ بالمعصية ولم يفعلها فتُغفر، كما حكى ابن حبان في طبقات فقهاء قرطبة أنه وقع كذلك في زمن أبي عمر الإشبيلي وأفتى بذلك بعد أن حكى عن غيره أنه خروج عن الطاعة.

قال شيخنا الإمام: ومثل هذا ما جرى للشيخ ابن عبد السلام والأجهري(1)

---

(1) كذا ورد العلم في ج، وبُيِّضتْ الكلمة في أ و ب.

أن الأمير أبا يحيى كتب بالعهد لولده أبي العباس وهو بقفصة. فلما توفي الأمير أبو يحيى ـ رحمه الله ـ أراد الحاجب ابن تافراجين أن يقيم الأمير أبا العباس ولي العهد فقام عنهما وقال لهما: اشتغلا بالجنازة، فجمع الناس وبايعوا للأمير عمر، فلما حصلت لغيرهما كان الفقيهان تبعاً لمن يشهد فشهدا لكونهما تابعين كل الناس.

ونُقل عن ابن عبد السلام في ذلك المجلس أنه كان مع بعض فقهاء عصره في مجلس الخليفة فقال ذلك الفقيه حديث «إذا بويع خليفتان فاقتلوا الآخر منهما». قال: وغرضه مني أن أردّ عليه آخر الحديث فيحصل لهُ غرض، فتغافلتُ عنه.

ابن عات: سئل مالك عن بيعة عبد الله بن الزبير فقال: ما كنت أرضاه، وابن الزبير أحق عندي من عبد الملك، وابن عمر أحق من ابن الزبير.

وقد حكى عبد الرحمن بن شريح أنه قال: بلغني أن الله تبارك وتعالى يبعث في كل رأس مائة سنة لأهل هذا الدين مَن يجدد لهم دينهم.

قلت: وأسنده بعضهم من طريق أبي هريرة.

وفي تاريخ بغداد للخطيب بن ثابت لما عرّف بابن شريح الشافعي الفقيه، قال: قال له شيخ من أهل العلم: أبشر أيها القاضي فإن الله ـ عزّ وجل ـ بعث النبي ﷺ ثم بعث على رأس المائة من هجرته عمر بن عبد العزيز فأظهر كل سُنّة وأمات كل بدعة ومنّ الله على رأس المائتين بالشافعي حتى أظهر السُنّة وأخفى البدعة، ومنّ الله علينا على رأس الثلاثمائة بك حتى قوّيْتَ كل سنة وأضعفتَ كل بدعة. وقيل في ذلك:

اثنان قد مضيا وبورك فيهما	عمر الخليفة ثم خلف السؤدد
الشافعي الألمعي المرتضى	خير البرية وابن عم محمد
أرجو أبا العباس أنك ثالث	من بعدهم سقيا لتربة أحمد

قوله خير البرية يريد في زمانه لا مطلقاً لحديث لما قيل للنبي ﷺ يا خير البرية.

قلت: وكذا بقية القرون إذا استقريتها لا نسبة إلى ملوكها أو خلفاؤها في كل قطر لا يخلو أول كل قرن من بركة في العلماء أو الملوك لما أجرى الله العادة أنّ أول كل قرن فيه خير وخيره يغلب شره. وقد شاهدنا من ذلك رأس القرن الثامن منَّ الله علينا وعلى أهل إفريقية بأمير المؤمنين المتوكل على الله القائم بأمر الله المجاهد في سبيل الله أبي فارس عبد العزيز ابن الخليفة أمير المؤمنين أبي العباس أحمد من الأمراء الراشدين الحفصيين يقطع الزيغ والفساد من أهل البادية والبلاد، وقاتل المحاربين وأهل الخلاف، كما قاتل الكفار حين نزلوا بالمهدية وجاهدهم في الله حق الجهاد وفرق جمعهم وشردهم في الصحاري والبلاد وأخذ أموالهم وسبى ذراريهم وألجأهم إلى شر البقاع، وقطع كثيراً من المناكير والمكوس وقهر أهل الشر والبغي وأحيا دولة الموحدين والحفصيين بعد أن كادت تدرس واشتهر عدله وسيرته في أقطار الأرض.

وصار له نصيب أوفر في الحرمين الشريفين وإقليم الحجاز، وذكر وفخر في الدعاء له في تلك البقاع المشرفة ولحقه أشراف الشرفاء لإفريقية القائمين بذلك الإقليم وأهدوا له من خواص الكعبة مثل مفتاحها وبعض خاصة لباسها ولباس التربة الشريفة وغير ذلك. فجازاه الله عن المسلمين والإسلام خيراً وأحياه للمسلمين بخير وختم له بالسعادة بعد عمر طويل، وجعله من الأيمة المهتدين والحمد لله على هذه النعمة ابتداءً ودواماً، والشكر لله والمنة له. وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً.

ابن عبد الغفور وعن بعض المتأخرين: الأيمة على ضروب فمن صار إليه الأمر عن رضى من جميع المسلمين بأحواله وصفته وعدله، أو صار إليه الأمر من غير تشاور ولا قتال عليه ولا تناصر إلاّ توليجاً ممن ولجه، فرضي المسلمون فعله وهديه إذ صار الأمر إليه ورأوه لذلك أهلاً، فواجب على المسلمين الذب عن مثل هذا.

وأما من صار الأمر إليه بعد الغلبة عليه دون مشورة واستوطأ له الأمر وظهر عدله كظهوره من الخلفاء الراشدين فواجب على المسلمين نصحه ولزوم الطاعة له والدعاء بالبقاء له والصلاح له.

وأما من أخذ الأمر بعد الغلبة من غير مشورة ودعا الناس إلى بيعته وظهر منه الجور في الدماء والأموال وغير ذلك، إلاّ أن أمره قد استوطأ وملك وغلب وأمن الناس معه من الفتنة التي تذهب الدين والمال وتوجب سفك الدماء وتسلط عوام الناس وخواصّهم بعضهم على بعض في الأغلب والأكثر، وعلموا أن السمع له والطاعة أبعد لشدة الشر وذهاب النفوس، فقد وجبت طاعته في ما دعا إليه من الأحكام وإقامة الصلاة والحج وأداء الزكاة إذا طلبها وإن جار، فوجب أن يعتقد إماماً مطاعاً، وإن كان ظالماً مستأثراً لنفسه بالخمس والفيء وبيوت الأموال، إلاّ أنه لا يجب أن ينهضوا إلى قتال من قعد عنه ولا تابعه، ولا يجب على المسلمين نصره ولا سفك دمائهم دونه، وإن قام عليه قائم بسبب جوره أو أقاموا عليه إماماً يدعون إليه.

وفي الجهاد عن ابن سيرين: كانوا يكرهون قتال الأمراء.

الأبهري: إن تظاهر قوم على إمام عادل وخرجوا عليه بالهوى والعصبية كما فعل أهل الشام جوهدوا حتى يرجعوا إلى الحق [6 ب].

وعن المجتمع[1]: كل فئة من أهل الإيمان اجتمعت ونصبت إماماً وامتنعت من حكم الإمام العادل فهي باغية، فإن استعانت الباغية بأهل الحرب على قتال الفئة العادلة وجب قتال أهل الحرب وسبيهم، وليس أمانهم بأمان ولا إجارتهم لهم إجارة وإنّما تكون على ما أجازها الله ورسوله من أن لا يكون غرر على المسلمين. وإما أن يؤمنوا على قتال المسلمين وسبيهم وأخذ أموالهم فلا.

قلت: ولم يتكلم في حكم الفئة التي وقعت استعانتها بالعدو. وأحفظ أني رأيت لابن الصيرفي في دولة لمتونة من صنهاجة أن المعتمد بن عباد استعان بهم في حرب المرابطين فنصرهم الله عليه وهرب هو ثم نزل على حكم يوسف بن تاشفين أمير صنهاجة فاستفتى فيه الفقهاء فأكثرهم أفتى أنها رِدّة، وقاضيه مع بعض الفقهاء لم يرها رِدّة ولم يبح دمه بالردة، فأمضى ذلك من فتواه وأخذ

(1) كذا بجميع الأصول.

بالأيسر ونقله إلى أغمات[1] وسكنه بها إلى أن مات بها.

وفيه عن مالك: إذا خرج المسلمون أو القبط على الوالي الجائر فلا يقاتلوا له ولا يحل قتالهم إلاّ أن يريدوا مثل من ببلده معه وسبيهم فيقاتلوا. والصواب أن تقعد في منزلك فإن أرادك أحد فناشده الله، فإن أبى فالسيف.

وروى عيسى عن ابن القاسم: سئل مالك عن الوالي إذ قام عليه قائم يطلب إزالة ما بيده هل يجب علينا الدفع عنه؟

قال: أما مثل عمر بن عبد العزيز فنعم وأما غيره فلا، ودعه وما يريد ينتقم الله من ظالم بظالم ثم ينتقم من كليهما. قال تعالى: ﴿بَعَثْنَا عَلَيْكُمْ عِبَادًا لَّنَا أُوْلِي بَأْسٍ شَدِيدٍ﴾[2].

وعن يحيى بن يحيى: الصواب في الفتنة أن لا يعان فيها بشيء ولا يخرج فيها، ومن أتي في بيته تراد نفسه وماله فليدفع عنهما، ونحوه حكي عن أصحاب مالك، ولم يخرج مالك يوم خروج ابن هرمز ومحمد بن العجلان ومن خرج من أهل المدينة لأنه لم ير ما يعجبه.

ابن مضر: سألت عن حالنا بالأندلس وقلت: يا أبا عبد الله إني رسول من خلفي إليك، عندنا رجال من أهل الفضل يخرجهم الإمام كرهاً إلى من باداه من أهل الإسلام فيمرّون بالقرى قد عطلت خوفاً من السلطان يجدون فيها الأطعمة وقد نفد زادهم فيميلون إلىَ أخذ ذلك ليتصدقوا بقيمته، فما ترى في خروجهم على الضغط وهم يخافون على بقائهم؟

قال مالك: أما أنا فلا أتكلم في هذا. ثم أعاد عليه الكلام في هذا فقال: كف عن الكلام في هذا ومثله، وأنا لك ناصح ولا تجيب.

قلت: وقد حكى ابن سعدون في كتاب التأسي، والقاضي في المدارك: إن أهل القيروان خرجوا على الشيعة مع أبي يزيد النكّاري ورأوا أن بدعته أخف

---

(1) أغمات: مدينة بجنوب المغرب الأقصى.

(2) سورة الإسراء، الآية: 5.

من بدعتهم، وكانوا اثني عشر فقيهاً من خيار القيروان وصلحائها وخرج معهم اثنا عشر ألفاً. ثم إنه خانهم وتخلفوا عنه بعد أن قُتِل كثير منهم. ثم بعد ذلك قاتلوا مع الشيعي لما رأوا منه. وقد خرج أهل العراق مع عبد الرحمن بن محمد بن الأشعث على الحجاج وكانت فتنة شديدة.

ابن عبد البر: فأين الفرار إلاّ إلى البيوت [7 أ] والرضا بأدنى القوت. انظر في جهاد الاستذكار. وفي ما ذكرناه كفاية فترجع إلى المسائل في هذا الباب.

وسئل: ابن رشد عمن صُرفتْ إليه قضية من القضايا من عمل قاضٍ آخر فأراد أن يبعث رجلاً إلى عمل المصروف عنه القضية لينظر في القضية ويشهد عند شهود المصر المخرج عن قاضيه تلك القضية، التقدير من قيمة في ذلك المصر في القضية[1] المذكورة، إما لاستنكافه أن ينظر لقاض غير قاضي بلده أو مداراةً لقاضي بلده فيأمره بتحصيل ما يجب في القضية المذكورة ويعلمه بها أو ينفذ له الحكم فيها هناك، وهل هناك فرق بينه وبين ما نفذه القاضي بحضرته في ما يحتاج إلى الاستنابة فيه من أمينه وثقته.

فأجاب: للقاضي المصروف إليه القضية من غير عمله أن يبعث مَن يثق به يسمع حجة الطالب والمطلوب ويقيم البينة عنده ويزكي عنده ويعذر في ما يجب فيه الإعذار ويستوفي جميع حججها، فإذا لم يبق إلاّ الحكم بينهما ونفوذه رفع ذلك كما هو إلى قاضيه الذي بعثه وأنفذ حكمه بعد استشارة أهل العلم. ولا ينتقل الخصوم إلى الحكم بين يديه إلاّ أن يرضيا، وإن رضيا بذلك استناب من يبعثه ليسمع بيّناتهما ويكشف عن عدالتهما لا أكثر، وينقل ذلك إليه ويقبل قوله. وإن بعث اثنين فهو أحسن، وواحد يُجزي، وسواء بعد البلد أو قرب إلاّ إن قرب بحيث يلزم الشاهد أن يأتي يؤدي شهادته إذا دعي إليها فيكون الخصام والشهادة عنده من غير استنابة. هذا وجه العمل. وليس للقاضي المصروف إليه الحكم أن يستنيب في القضية غيره إلاّ أن يجعل ذلك إليه فيكون له استخلاف من يمر للبلد فينظر في القضية وينفذ الحكم.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

وسئل عن أخرى في نوعها: من صرفت إليه قضية في عمالة أخرى بعيدة منه فيستنيب المصروف إليه القضية النظر في القضية من ثبتت عنده القضية بشهودها وضرب الآجال وإقامة الحجج ويقضى للرافع لبعد البينات عن القاضي المصروف إليه، ولا يلزمون الإتيان إليه، ولا يلزم الحاكم النهوض إليها إلاّ أن يشترط عليه ذلك في القضية فيلزمه النهوض. ولا يجوز له الحكم في القضية بغير البلد المشروط. وفي تكرار الخصوم من البعد مشقة عليهم وتطويل للأجل لأجل المسافة وأعذاراً لسفر فأراد استنابة رجل يقوم مقامه في ذلك العذر المذكور.

فأجاب: إن في القضية الأولى جواب هذه المسألة.

وسئل عمن يستنيبه القاضي في المسألة هلى يكتفي المستناب بخطه إلى أمير المصر أو جماعته كما يُكتفى بخط السلطان في الشهادات أم لا بد من إتيانه بعدلين كسائر الأحكام؟

فأجاب: بأنه يُكتفى فيه بأيسر الأشياء من معرفة الخط وشبهه إذ لم يقتض حكماً يلزم ثبوته ولو نهض المستناب لما أمر به من غير كتب لمضى الأمر كما لو كان يكتب.

قلت: شبه ما لو حكّما رجلاً بينهما.

وسئل أيضاً عن أخرى من أجزائها وهي إذا كانت المسألة المصروف فيها النظر لهذا القاضي قضية محجور فثبت عند المقلد ما يوجب صرفه عن النظر، هل يلزم صرف المقدم ويقدم غيره ويتكلم عليه بسببه وإن فعل ذلك هل عليك رد من فعله أو هو يتعين عليه؟ أو لا يلزمه إلاّ إقامة وكيل خاص يخاصمه فقط بخلاف التقديم العام.

فأجاب: إذا ثبت عند المصروف إليه قضية المحجور أنّ وصيه [7 ب] غير مأمون في ما يخاصم به له وعليه في ما يطلبه له أو يطلب به ويستقر بيده في ما يحكم به له فيجب أن يوكل من يقيم له مقام الوصي في هذا ولا يعزل الوصي

جملة ويسمع حجة اليتيم وينظر فيها أن ذلك حجة عليه ثم يسمع منه. هذا الذي أراه في ذلك.

قلت: في النوادر عن الواضحة عن أصبغ إن منع الإمام قاضيه الحكم بين خصمين، فإن كان قبل أن يتبين له الحق أطاعه وإن كان بعد أن تبينّ فينفذه إلاّ أن يصرفه رأساً.

قلت: نحو ما حكى ابن الرقيق عن سحنون حين أخذ[1] سبي تونس من بعض ولاة محمد بن الأغلب وسرحه من باب تغيير المنكر، وبعث إليه الأمير بردّ السبي على ذلك الأمير وأغلظ له في القول فكتب إليه وحلف لا ردّ إليه ذلك ولو فرق بين جسده ورأسه إلاّ أن يعزله. ثم استكان الأمير وأمر بتتبع السبي أين كان وتسريحهم بعد شدة. وحكايتهم مشهورة.

وكثيراً ما يقع في زماننا ينهى الأمير القاضي في تمام الحكم في قضية أو ينهاه عنها ابتداء، مثل تحجيره عليه أن لا يحكم على الأجناد أيام الحركة، فإن كان قبل ظهور الحق عزل نفسه وبعد ظهوره يجب عليه السعي في تمامه إن أمكن ولم تنشأ عنه مفسدة، وإن ظن إنشاء المفسدة تركها وكان كالمكره على عدم إنفاذ الحكم فله مندوحة عند الله تعالى.

وفي النوادر عن الواضحة: ليس للقاضي أن يستخلف بعد موته.

وعن ابن عبد الحكم: إن كان عمل القاضي متّسعاً استأذن الأمير في أن يولي على ما يراعى من عمله مَن يحكم في ما لا يعظم من الأمور في الموضع الذي يشق على أهله الشخوص منه إليه. فمن ولاه جاز حكمه فيكون القاضي مستشرفاً عليه ويعزل من رأى عزله. وإن لم يأذن في ذلك لم يكن له توليته ويجعل من يكاتبه في الكشف ونحوه.

وحكى المتيطي وابن فتحون: إن كان نظر القاضي واسعاً وأقطار مصره متباينة فلا يرفع الحكم إلا إلى المصر إلاّ في ما قرب من الأميال القليلة. وليقدم

---

(1) جملتان سقطتا من ب.

في الجهات البعيدة حكاماً ينظرون من الناس. هذا مشهور المذهب. ومنع منه ابن عبد الحكم إلاّ بإذن الإمام.

المتيطي: ولا ينعزل مقدم القاضي على يتيم بموته أو عزله. ابن العطار: واختلف فيها فقهاؤنا ولذا استحسنوا ذكر إمضاء الثاني تقديمه في ما ينعقد من نظر ولي اليتيم له، وقد وجد ذلك في قديم الوثائق، وإن كان القول بعدم توقفه على إمضاء الثاني هو الصواب.

ويجوز توليته قاضيين ببلد على أن يخص كل واحد منهما بناحية من البلد أو نوع من المحكوم فيه، لأن هذه الولاية يصح فيها التخصيص والتحجير، إذ لو استُثْنِيَ عليه في ولايته أن لا يحكم على رجل معين صح ذلك.

قلت: وقد كان شيخنا الإمام فعل أن لا يحكم عليه في مدرسته وإمامته وما تحت يده حين قدّم الشيخ الفقيه ابن باديس القسنطيني.

ابن فتحون: وقد يتعدد القضاة في بعض البلاد لخطة المناكح فيولاها على حدة. قال شيخنا الإمام: كما في تونس قديماً وحديثاً من تخصيص أحدهما بأحكام النكاح ومتعلقاته والآخر بما سوى ذلك.

وفي الكافي: إن اتخذ القاضي جعل للنساء يوماً يفردهن بالحكم فيه دون الرجال، ويكون أعوانه عليهن صالحي الشيوخ، ولو كان في يوم النساء عجائز صالحات في بعض ما يريد من النساء كان حسناً.

وذكر ابن الرقيق أن ابن غانم جعل للنساء يوماً كان يلبس فيه الفرو الخشن واللباس الخشن ويطرق وجهه بالأرض وهذا واضح إن كان الحكم بين النساء فقط ولو كان بينهن [8 أ] وبين الرجال لكان ذلك في يوم النساء، لأنه أقلّ مفسدة في مخالطة الرجال.

قلت: وقد يختلفون في قضية هل هي من عمل الأنكحة أو غيرها فيحكم قاضي الجماعة فيها لأن ولايته أعم، وإنما قاضي الأنكحة شبه عامل من عماله. وإن كان إنما يوليه أمير المؤمنين وجرت العادة أن قاضي الجماعة يشبه الوكيل

المفوض إليه يقدم القضاة والعدول في البلاد.

وأما بتونس فجرت العادة باستشارته في تقديم عدولها، وكذا جرى في قضاة الكور يستشير من يقدمه فحينئذ يتقدم ويكتب له بولاية القضاء أمير المؤمنين. وكانت بغداد ذات جانبين جرت العادة فيها بتقديم قاض في كل جانب أيام إسماعيل القاضي وغيره. وكذا رأيت في البلاد تقديم نواب[1] عن القاضي لاتساع الخطة ويستشيرونه في مشكلات المسائل.

ابن فتحون: ويجوز تقديم قاضيين في البلد إذا استبد كل واحد بحكم يحصل بين يديه، ومنعه بعض الناس بمقتضى السياسة خوف منازع الخصوم في من يحكم بينهم، ومقتضى أصول الشرع جوازه لأن لذي الحق استنابة من شاء على حقه ولو تعدد والتنازع مرتفع باعتبار قبول الطالب. وإن تطالبا قضى لكل واحد منهما في ما هو فيه طالب بمن يريدك فإن تنازعا في التبدئة بُدِىء الأول وإن افترقا ففي القرعة واعتبار الأقرب خلاف.

قلت: ظاهر هذا سواء اتحد مذهب الخصمين أو اختلف. ورأيتهم في البلاد إذا أنشىء الحكم عند صاحب مذهب فإنه يتمم عنده فإن تعذر بناء الثاني على الأول حكمه ولا يؤدي إلى التلاعب، وهذا إن جعل الحكم لهما معاً في ذلك المعنى. وأما إن كان أحدهما على نوع والآخر عن نوع آخر كصاحب الشرطة مثلاً وصاحب المناكح فيمضي الحكم بما يقتضيه جنس كل واحد من القاضيين.

ابن سهل عن ابن عبد الحكم: إن حل قاضي محلاً بغير محل ولايته فليس له أن يسمع فيه بيّنة على من في عمله ولا ينظر في بيّنة واحدٍ، ولا أن يكتب بما شهد إلى قاض آخر، ولا أن يشهد على كتابه بذلك إلى أحد وله أن يسأل عن حال بينة شهدت عنده[2].

وفي منهاج القضاة عن أصبغ: إن بعث الإمام القاضي لبعض الأمصار في

---

(1) في جميع الأصول: نياب.
(2) ثلاث جُمَل سقطت من أ.

شيء من أمر العامة فحلّ به فله أن يسمع فيه بيّنة بحق على غائب في عمله ويسأل من قام بها تعديلها. وله أن يسأل قاضي ذلك المصر عنهم ويتحرى بما أخبره به من عدالتهم لأنهم من عمله. ولو اجتمع الخصمان عنده بذلك المصر للمخاصمة عنده وما يختصمان فيه في بلد القاضي الغائب عن نظره لم ينظر بينهما إلاّ أن يتراضيا عليه كتراضيهما بمن يحكم بينهما. وبعض قول أصبغ خلاف لابن عبد الحكم.

وسألت ابن عتاب عن قاض حل بغير بلده وقد ثبت عنده حق لرجل فطلب منه أن يخاطب به قاضي موضع المطلوب.

قال: لا يجوز له ذلك فإن فعل بطل خطابه، ثم قال: ولا يبعد أن ينفذ. قلت له: فإن كان الحق الثابت عنده ببلده على من هو بموضع اختلاله فأعلم قاضي الموضع بذلك مشافهة بما يثبت عنده أيكون كمخاطبته بذلك؟ قال: ليس مثله. قلت: وما الفرق؟ قال: هو في إخباره هنا بمكان ثبت عنده طالب فضول ما دعاه إلى ذلك. قلت: ما يمنعه من إخباره به ويشهد عنده بذلك وينفده كما يشهد بما يجري في مجلسه من إقرارٍ [8 ب] وإنكار ويقضي به؟ قال: ليس مثله، ولكن إن أشهد هذا القاضي المجيز بذلك شاهدين في منزله وشهد بذلك عند قاضي هذا الموضع نفذ وجاز.

ابن سهل: رأيت فقهاء طليطلة يجيزون أخبار قاضي المحلّ بذلك البلد وينفذ ويرونه[1] كمخاطبته إياه.

المازري: إن طلب من في ولاية قاضٍ قاضيه وهو بغير محل ولايته أن يكشف له عن عدالة بيّنة له هي بمحل ولاية قاضيه جاز ذلك وإن سأله التسجيل بذلك لم يجز، وإن سأله سماع بيّنةٍ له فقط ففي جوازه قولان أصبغ وابن عبد الحكم قائلاً[2] لو كتب قاضي مكة لقاضي مصر ثم ورد قاضي مصر مكة لم يكن له أن يمنع البيّنة على كتاب قاضي مكة التي كتب له وهو بمصر.

---

(1) ثلاث جُمَل سقطت من أ.

(2) كذا بجميع الأصول.

قلت: زاد ابن يونس: وكذا لو ولّى الخليفة رجلاً قضاء مصر فخرج إليهم فلا يسمع البينة في طريقه على أحدٍ من أهل مصر.

قلت: وكثيراً ما يقع في هذا الوقت يأتي قضاة الكُوَر إلى تونس فيجدون خطاباتهم بها فجرت العادة بأنهم يرفعون على خطوطهم كما تقدم لأهل طليطلة[1].

وجرت مسألة بالقيروان سألتُ عنها شيخنا الفقيه الإمام فأجابني بخطه وشافهته بذلك، ونص السؤال بلفظي بعد سطر الافتتاح وما يليق بالأدب: «جوابكم في قاضي عمالة سافر إلى غيرها وقد كان المقام العلي أسماه وقلّده أذن له في النيابة عنه في عمالته بخلال ما يرجع إليها، فسافر القاضي المذكور ولم يستنب وقد كان أيضاً بدأ بالحكم في قضية تدمية بشهادة عدول ولم يكملها فرغبه بعد سفره المذكور أهل القضية المذكورة في الاستنابة فيها حتى تكمل، فهل يسوغ له ذلك لكونه كحكمه في غير عمله؟ وكيف إن سوّغتم له في الإذن، فهل يكفي خطه لمن استنابه وعيّنه لذلك أم لا بد من الإشهاد عليه بالاستنابة المذكورة بغير عمالته؟ فإن استناب على أحد الوجهين وقد كان شهد عنده العدول في التدمية عند النائب عنه شهود استرعاء زكّاهم عدول بأن الميت المذكور مات عن صحة بيّنة ليس من جرح بحال، فهل يعمل على هذه الثانية لكونها أثبتت غير ما ذكرته الأولى؟ وإن كانت الأولى أعدل أم لا؟ فإن عمل على الثانية فهل يلزم المدعى عليه المذكور أدب أو يسرّح؟ وإن حكم بإذنه فهل يكفي ما مضى من سجنه وله اليوم قريب من ثلاثة أشهر مسجون مصفد في الحديد؟ أفتنا بالجواب في ذلك، أعظم الله أجركم، والسلام».

فأجاب بما نصه: «وعليكم السلام ورحمة الله وبركاته. الاستنابة المذكورة صحيحة عاملة لا يدخلها الخلاف الحاصل من نقل ابن سهل. لأن سماع البينة أقرب للحكم من مجرد الاستنابة. ويقوم جوازها من مسألة العريش من المدونة. وثبوت البينة بالصحة المذكورة يسقط حد الضرب والحبس،

(1) جملة سقطت من أ.

وتقدم حبسه المذكور يسقط استئناف أدبه ويكفي فيه والله أعلم»، انتهى.

وجوابه وما ذكره من أن الاستنابة أخف من سماع البينة. يشهد له ما تقدم لابن رشد أنه يكفي فيها خط القاضي وقبول قوله إن وقع.

وما ذكر أنه يقوم جوازها من مسألة العريش هي: من اكترى من رجل دابة ليحمل عليها دهناً من مصر إلى فلسطين ففرتْ منه فعثرت بالعريش ضمن[9 أ] قيمة الدهن بالعريش. قال غيره: قيمته بمصر إن زاد لأنه منها تعدّى.

قلت: فإذا اعتبر على قول الغير محل الإذن فهو محل القاضي هنا فلا يستنيب لأنه في غير محله. ومن اعتبر ما آل إليه الأمر وهو وقوع الغرر فينتظر تحصيله، فمتى حصل الأمر رتب الحكم عليه فيتخرج على هذا خلافها في هذه المسألة. وما ذكره من إعمال الشهود هو أحد الأقوال في مسائل منها شهادة الصحة والمرض، وثالثها الحكم للأعدل، وقد تقدمت. وما ذكره من أن ما مضى يجزىء في أدبه هو اختيار ابن الحاج على ما يأتي إذا أسقط الدم بأي وجه سقط فيؤدب بحسب الاجتهاد ولا يبلغ به السنة، خلاف اختيار ابن رشد: إذا قوي طلب الدم ثم سقط بموجب فلا بد من استئناف ضرب مائة وسجن سنة والله أعلم.

وفي مختصر ابن سهل: إذا شهد عند القاضي رجل وجد في نازلة وصرف الأمير القاضي عن الحكم فيها ثم رده إليه أعاد الرجل ثانية شهادته، وإن لم يصرفه عنه الأمير لم يحتج إلى إعادتها.

قلت: وأعرف له أنه إذا رفعه إلى خطة أعلى لم تعد البينة ولم يكن ذلك عزلاً. وأنه إذا أعزل لم يكن ذلك عزلة لمن قدّم من القضاة والأمناء.

وأعرف لشيخنا مسألة من هذا المعنى: وهو إذا شهد على نفسه بثبوت رسم ثم كُتب منه نسَخٌ فلا بد من الرفع عند القاضي والشهادة بالثبوت ثانية، وإلاّ كان كذباً، بل في عين كان نسخة يشهد عليها وإن أراد عدم ذلك يُكتب على أنها نسخة مما ثبت عند القاضي ويضمن شهادته أنه اطّلع عليها وتحقق موطنها وسئل نقلها منه هنا فنقلها كما يجب.

وأجاب ابن رشد عن مسألة لم يذكر سؤالها: وهو إذا كان أمير المؤمنين قد صرف الحكم بين الرجلين إليك ووافقه آخر عليك ومذهبك القضاء باليمين مع الشاهد لما ثبت من الحديث في ذلك فحكمك بشهادة المختفي الذي خاطبك أبو سعيد بعدالته مع يمينه هو الصواب. لأن الصحيح من أقوال شهادة المختفي إجازتها فأنفذه واقْضِ به ولا يلتفت إلى ما حكم به أبو سعيد بإمضائه لفتوى من أفتاه بذلك، إذ ليس الحكم بإبطال شهادته حتى يجب انبرامه إلا لو كان لجرحة فيه. وإنّما أبطلها لمذهبه ومذهب من أفتاه ولا يلزمك اتباعه فيه لمخالفة من خالفه من جلة العلماء المتقدمين والمتأخرين. وإنّما يلزمه في خاصة نفسه لو حكم هو فيها. وإن كان مذهبك عدم القضاء باليمين مع الشاهد كما هو العمل عندنا، فقد خاطبك ذلك القاضي بأن عدلين سألا سعداً عما يطلب به الآخر فقال: أعطيته أكثر مما له عندي، وهذه توجب سؤال سعد عما كان له عليه، فإن أقرّ به وهو أقل مما يطلب به لم يكن له غيره وحلف الطالب إنه ما قبض منه شيئاً، على اختلاف في يمينه لإنكار المطلوب أولاً جميع دعاواه وإن صمم على الإنكار وتمادى عليه حلف المدعى عليه ما يذكر واستحقه.

قلت: ذكر في هذا الجواب اليمين مع الشاهد وهي إحدى المسائل التي خالف أهل الأندلس فيها مالكاً وقالوا بقول غيره وهو الليث، وقال به يحيى بن يحيى ابتداء.

وأخرج ابن أبي شيبة أنه عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة رجل وعين الطالب.

من ابن الحاج: وذكر فيه شهادة المختفي، وفيها اضطراب وظاهر المدونة[9 ب] جوازها من مسألة الأيمان بالطلاق في من يسمع رجلاً من وراء جدار يطلق زوجته. وحكى المتيطي فيها خلافاً عن المذهب، وفيها عدم مراعاة الخلاف إذا كان شاذاً، وهو منصوص للمتقدمين في خصوصية اليمين مع الشاهد[1] إما لأنها أثبت من كل شيء كما قال ابن المواز أو لأنها ترْك ولا حرمة

(1) خمس عشرة جملة سقطت من أ.

للترك بخلاف مسألة قتل الفيلة المذكورة في المحاربين ومسألة مذكورة في النكاح الأول لأن هذه ترك حكم وفي غيرها حكم بالترك. وفي نقض الحكم في المسائل الاجتهادية خلاف مشهور في الأمهات، انظره في أول الأقضية.

وفيه مسألة إذا أقرّ بجعلٍ بعد الإنكار أنه يبين ويحلف، وإن لم يبين حلف **الآخر** واستحق. وهي مسألة حكى ابن رشد فيها في الشرح نحو ستة أقوال في سماع يحيى من الاستحقاق.

وسئل أيضاً عن قاض عزل مقدماً من جهة قاض غيره فطلب المعزول أن يذكر الوجه الذي عزله بسببه ويعذر إليه في من شهد عليه هل يلزمه ذلك أم لا؟ إذ لا خلاف أن من قدمه سلطان أو قاض على شيء لا يعزله إلاّ لعذر بيّن، ولا يترك هو ذلك إلاّ لذلك. وذكر بعض العلماء هذا قال: ولكنه إذا صرفه الذي قدّمه أو صرف هو نفسه مضى ذلك، كالوكيل والموكل فإن المستناب في أمر إنّما هو وكيل لمن قدّمه، وهل يستوي في هذا تقديم القاضي وغيره أم لا؟ وهل تقديم العموم والخصوص واحد أم لا؟

فأجاب: إن من حق الوصي إذا عزله غير من قدمه أن يذكر له وجه عزله ويعذر إليه في من شهد عليه إذ ليس له عزله إلاّ بما ثبت عليه، وأما لو عزله مَن ولاّه فإن أداه إلى ذلك اجتهاده فليس عليه بيان موجبه، وإن كان بجرحة ثبتت عليه فمن حقه الإعذار إليه. وأما عزل الوصي نفسه عن النظر الذي التزمه فليس له ذلك إلاّ من عذر لحق اليتيم فيه بخلاف الموكل والوكيل فلكل واحد منهما أن يتخلف عما عقد من الوكالة، إلا في وكالة الخصام فليس للوكيل التخلف بعد المناشبة، وليس للموكل عزله بعد تمام الخصام، ولا فرق في هذا بين وكالة التفويض ولا شيء بعينه من خصام وغيره.

قلت: تقدم في الوكالات تفصيل اللخمي أنها إما أن تكون من ناحية الإجارة فتلزم من الجانبين أو الجعالة فالخلاف في أصلها. وإذا أجيزت هل تلزم أم لا؟ وأما إن كانت على وجه الطوع فحكى فيها ثلاثة أقوال، انظرها في تبصرته. وكذا تقدم بعد القول بعدم لزومها أنها تلزم في أربعة أماكن: وكيل

الخصام إذا ناشَبَ، ووكالة الطلاق والتمليك ووكالة البيع وقضاء الدين، أو قضاة خاصة مع الغيبة فليس له عزله.

وسئل ابن رشد عن امرأة أقرّت بحملها من الزنا مرتين وأنها قتلتْ ما ولدته فرفعت فوجدت حاملاً واعترفت بذلك لظهوره وأنه من فلان ثم وضعت ووافقت البيّنة على المولود وأقرّت أنها محصنة. وكيف لو أسقط المقذوف حقه؟

فأجاب: إذا ثبت على المرأة ما ذكرت فالرجم عليها واجب والحكم لقاضي الجماعة فارفعه إليه، لأن قضاة الكور لا يحكمون في القتل.

قلت: تقدم ما يختص به قضاة الجماعة وأنها ثمانية أحدها هذا. والمراد هنا إذا ثبت ما ذكرتْ، يريد بالبينة أو باعتراف وتمادت [10 أ] عليه. ولو رجعت عن القول بالإحصان ولم يثبت فإنها لا تقتل، والغرض هنا أن الزنا ثابت بالحمل ولم يذكر حد القذف وهو يجري على طلب القاذف حقه. فإن طلبه ثم عفا فثلاثة أقوال ثالثها إن كان يريد ستراً. ومنهم من ردّ القولين إلى هذا، وإن لم يقم به فالمشهور أنه لا يطالب بناء على أنه حق له. ومن قال إنه حق لله فلا بُدّ من وقوعه.

وسئل أيضاً عن قضاة الكور مثل جَيَان وباغة ووادي آش[1] هل يستنيبون إذا اشتغلوا أو غابوا أو مرضوا بعد إذن مَن قدمهم أم لا؟ وكيف لو فعلوا ذلك من غير عذر، هل تمضي أحكامهم وخطابهم وضرب الآجال والتعجيز وإقامة حد الزنا والخمر أم لا؟ وكيف لو أذن لهم قضاة القواعد هل يثبت بإعلام قاضي الكورة أو لا بد في ذلك من خطاب الذي ولاه وقد تتعذر معرفة ذلك؟

فأجاب: لا تجوز استنابته لأحد مع عدم عذره، وأما إن تعذر بغيبة أو مرض فيجوز له التنويب[2] إن كان من قدمه فوّض إليه في ذلك وجعله في تقديمه أو معلوماً من حكام الكور، وخليفته في مرضه أو عذره يقوم مقامه في

---

(1) ثلاث مدن أندلسية.

(2) في جميع الأصول: التنييب.

جميع الأمور. وإن لم يتضمنه تقديمه ولا جرت به سيرة حكام الكور فليس له التقديم، فإن قدم في عذره وقال: أذن لي في ذلك صدق وجازت أحكام من قلده إذ قيل التقديم في العذر دون إذن مَن قدمه ما لم يحجر عليه.

ابن يونس: عن الأخوين ليس له أن يقدم إن كان حاضراً من غير عذر إلاّ أن يأذن الخليفة فلا تبال حاضراً كان أو غائباً وكأنه ولّى قاضيين أحدهما فوق صاحبه. ولو مرض أو سافر فله أن يجعل من يقوم مقامه ولا يكون متعدياً. وعن سحنون: لا يولي في المرض والسفر إلاّ بإذن الخليفة[1]. ولا يولي بعض أمور الخصام حكماً يحكم بينهم فإن فعل لم يجز إلاّ أن ينفذه القاضي فيكون قضاء مؤتنفاً.

وعن أصبغ: إذا مات الإمام الأعظم فلا بأس أن ينظر قضاته وحكامه حتى يعلموا والٍ من بعده. وكذا القاضي يوليه والي المصر فيعزل الوالي فهو قاضٍ حتى يعزله الذي ولي بعده.

المازري: ذكر أصحاب الشافعي إن ولّى القاضي رجلاً على أمر معين لسماع بينة أيعزل عن ذلك بانعزال القاضي؟ وإن ولاه حكومة مستقلة ففي انعزاله بانعزاله ثالثها إن لم يكن بإذن من ولاه، ولم يَعْزُ للمذهب منها شيئاً، وانظر قول أصبغ فيها. قاله شيخنا.

وسئل عمن يوجهه القاضي في الإعذار والتحليف في الغيبة والعيوب والاعتراف بالحد وكل موضع يجوز فيه خبر الواحد، هل يعدل كما يعدل الشاهد؟ لنص الفقهاء أن يكون عدلاً وليس من باب الشهادة وإنما هو من باب الخبر فحسبه أن يكون ثقة غير معروف بجرحة كما حده العلماء في رواية الحديث فيجوز فيه تعديل العبد والمرأة؟

فأجاب: الاختيار أن لا يوجه القاضي لما تقدم ذكره إلاّ عدلين، فإن بعث واحداً فجائز وشرطه العدالة لا مجهول الحال. فإن بعث من لا تعرف عدالته فلا يحكم بما ينقل إليه حتى يزكى بعدلين، أو يسأل عنه في السر مَن يثق به كما

(1) ست جمل سقطت من أ.

يفعل في الشاهد. والاختيار أن لا يكتفي بسؤال واحد عنه. فإن [10 ب] اقتصر عليه جاز من باب قبول خبر الواحد وإن كانت امرأة، وكذا العبد في وجه القياس. ومالك يفرق بينهما استحساناً لعدم جواز شهادة العبد في كل موضع ويكون مقبول الشهادة كما هو مقبول الخبر. فالثقة مقبول الخبر هو العدل أو لا ثقة إلاّ عدل ولا عدل إلاّ ثقة. ويجوز قول الطبيب في ما يسأله القاضي عنه من الطب وإن كان غير عدل أو نصرانياً إن لم يوجد غيره. والاختبار كونهما عدلين اثنين وكذا الوجه الموجه للقسمة وشبهها.

وسئل عن الموجه للحيازة على الشهود هل يكتفي فيه بالواحد كسائر ما يوجهه أم لا بد من اثنين كشهادة الأصل؟

فأجاب: هو كغيره في ما يوجهه القاضي من الإعذار وشبهه والعدل يكفي، والاختيار اثنان.

أبو عمران في النظائر: القائف والترجمان قيل واحد وقيل اثنان، وللكشف عن البينات واحد، والتحليف كذلك. وكذلك الذي يقيس الجراح وينظر في العيوب كالطبيب والبيطار.

وعن ابن حبيب يقبل قول البيطار ولو كان فاسقاً لأنه علم وضعه الله فيه. ولا يحدّ بشاهدٍ واحد على الشرب. واختلف في مسألة رائحة الخمر، هل يجزي واحد أم لا؟ وتقويم السلع والعيوب والسرقة يؤجلان، وكذا الصيد في الحرم. والحكمان لا بد فيهما من اثنين لأنه من باب الحكم.

قلت: تقدم في الطرر نقل عن بعض أصحابنا: إذا كان المرسولان غير تقيين ولم يكن في البلد سواهما من أهل البصر بالدواب أو الطب في عيوب الرقيق قضي بقول رجلين منهما أو رجل غير عدل. نقله ابن حبيب.

وعن ابن الماجشون: إن فات الشيء الذي فيه العيب أخذ القاضي بقول العدول، ولا يجوز قول الواحد، ولا يجوز إلاّ ما يجوز في الشهادات ولو كان قائماً كالطحال والبرص المشكوك فيه سأل عنه أهل البصر وأخذ فيه بخبر الواحد. وإن كان من أمور النساء أخذ فيه بقول امرأة واحدة وبقول الطبيب غير

المسلم وبقول من يبصره مسخوطاً كان أو غيره. ابن حبيب: وإن كان مما لا يطلع عليه إلاّ النساء فلا بد من امرأتين.

وفي المدونة: لا يتخذ القاضي كاتباً من أهل الذمة ولا فاسقاً[1] ولا عبداً ولا مكاتباً، ولا يتّخذ في شيء من أمور المسلمين إلاّ المسلمين العدول. وظاهره شرط العدالة في الكل كما مر لابن رشد سواء كان من باب الخبر أو الشهادة. وكان شيخنا يأخذ منه شرط عدالة الموثق ويختار أن يكون مستور الحال. وكذلك أدركت القضاة. وفي عوضه إن كان شاهده فطناً فلا يحتاج إلى ذلك وإلاّ وجبت.

الغرناطي عن مالك: لا يكتب بين الناس إلاّ العارف بها العدل في نفسه مأمون عليها لقوله تعالى ﴿وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾[2] . وكان خارجة بن زيد وطلحة بن عبيد الله بن عوف يكتبان الوثائق للناس. ويعتبر فيه عشر خصال إن عدا عن واحدة لم تجز كتابته وهي: الإسلام والعقل وتجنب المعاصي سميعاً متكلماً يقظان عالماً بفقه الوثائق سالماً من اللحن وأن يصدر عنه بخط بيّن يقرأ بسرعة وسهولة وألفاظ بيّنة غير محتملة ولا مجهولة.

قلت: وكان شيخنا الشيخ الفقيه قاضي الجماعة أبو العباس بن حيدرة ـ رحمه الله ـ يقول: الوثيقة الحسنة[11 أ] هي المحكمة الربط أولها وآخرها، ويحترز منها من كل ما يؤدي إلى إسقاط ذلك الحق أو تشعيب فيه ويجعلها كأن المتعاقدين اختصما عند القاضي. فكل ما يجد أحد المتعاقدين بفقده خللاً في الوثيقة احترز منه، وكل ما زاد بها بياناً وفقهاً زاد تحسناً، وبالله التوفيق.

ابن الحاج ونقله ابن يونس عن ابن الماجشون: كل شيء يتعرفه الحكَم من قبل نفسه فإنه يثبت عنده بالواحد. وكذا في السؤال عن الشاهد في السر، ولا إعذار في شيء من ذلك. ومثله ما يقيّد عنه في مجلس نظره من إقرار وإنكار. زاد ابن يونس: وكذا ما يبتدىء ثبوته وكل ما يبرأ في ظاهر أو باطن فلا بد من شاهدين فيه. ومثله في اختصار ابن سهل قال: إذا انعقد عند القاضي

(1) في جميع الأصول: قاسماً، والإصلاح مقترَح.
(2) سورة البقرة، الآية: 282.

فقال بإقرار أو إنكار وشهد به شهود المجلس أنفذه القاضي ولم يعذر إليه في شهادة شهوده. وبهذا مضى العمل، وإن كان القول بالإعذار فيها أقْيَس. وكذا في شهادة من شهِد على مريض أو امرأة لا يجرحان ويعذر في شهود الحيازة ما لم يحكم بها، وكذا الوكالة على اختلاف فيهما ويؤجل من ادعى مرفقاً يومين فثلاثة عند من يرى الإعذار فيها.

ابن الحاج عن ابن المنذر: يكره للقاضي الفتوى في الأحكام عند السؤال عنها. وكان شريح يقول: أنا أقضي ولا أفتي.

قلت: يريد إذا كانت الفتوى ممن يمكن أن تعرض بين يديه، ولو جاءته من خارج بلده أو من بعض الكور أو على يدي عماله فليُجِبْهم عنها.

ابن يونس عن الواضحة: يُقام من جلس للقاضي يتعلم أقضيته. والجلوس عند القضاة من حيل المستأكلين للناس إلاّ أن يكون عنده معروفاً مأموناً فليدعه. قال أصبغ: ما لم يخَفْ من المأمون أن يضر به فلا يقعده.

ابن الحاجب: لا يفتي الحاكم في الخصومات. وعن ابن عبد الحكم: لا بأس به كالخلفاء الأربعة. وعزا ابن المناصف القول بعدم الجواز إلى مالك وابن حارث لسحنون، ثم ذكر قول ابن عبد الحكم وقال: الكلام الأول النهي فيه عن فتوى القاضي في الخصومات لأحد الخصمين، والثاني في فتياه في جملة الأشياء لا لخصومة بعينها.

وفيه: خرج صاحب ابن عبد الملك بن عبد الرحمن مصنفاً إلى الناس فقال: يا معشر الخصوم، القاضي[1] يقول لكم: اتقوا الله إنّ من خاصم في باطل يخوض في سخط الله قال تعالى: ﴿ وَاتَّقُوا يَوْمًا تُرْجَعُونَ فِيهِ إِلَى اللَّهِ ثُمَّ تُوَفَّى كُلُّ نَفْسٍ مَا كَسَبَتْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ﴾[2] وقال تعالى: ﴿يَوْمَ تَجِدُ كُلُّ نَفْسٍ مَا عَمِلَتْ مِنْ خَيْرٍ مُحْضَرًا ﴾[3]الآية، ثم يعود فيقول: يا معشر الشهود، يقول لكم هو على

(1) أربع جُمَل سقطت من ب.

(2) سورة البقرة، الآية: 281.

(3) سورة آل عمران، الآية: 30.

النفوذ وليس بقاض، أنتم القضاة وهو المنفذ. قال تعالى: ﴿سَتُكْتَبُ شَهَٰدَتُهُمْ وَيُسْـَٔلُونَ﴾[1] وقال ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾[2] . ويعلمنا أن الله تبارك وتعالى أوحى إلى بعض أنبيائه: لا تشهد بما لا يعي سمعك ويعقد عليه قلبك فإنني مُوقف أهل الشهادة على شهادتهم وسائلهم منها سؤالاً عنيفاً، قال: فقلَّ ما رأيتُ في الدار إلاّ باكياً.

قلت: وقد تقدم وعظ القضاة. ومنه ما كتب سلمان إلى أبي الدرداء: بلغني أنك جُعلت طبيباً أي قاضياً، وإن كنت تُبرىء فنعم الطبيب ـ أي عالماً بحكم العدل ـ وإن كنت متطبباً ـ أي لا تعلم كيف تحكم ـ فاحذرْ أن تقتل إنساناً ـ أي تحكم على أحد بغير علم ـ فتدخل النار. وهذا في من قصد في حكمه أن لا يجور وهو أحد القضاة الثلاثة. وكذا قول بعض القرويين وقد قُدّم مكرهاً فأخذ [11 ب] يبكي ويقول: اتقيا الله ولا تكونا أول المشؤومين عليّ.

وفيه: لا يصلح الإعذار للقاضي في الجرحة الثابتة عليه لأن طلبه للإعذار طلب لخطة القضاء وإرادة لها وحرص عليها، وذلك جرحة فيه لقوله عليه الصلاة والسلام «إنا لا نستعمل على عملنا من أراده» فلا يجوز استعماله لنص الحديث. فإذا قال: إذا لم يعذر إليّ وعُزلتُ عن القضاء سقطت شهادتي وثبتت الجرحة. قيل: بالجرحة وجبت العزلة لأنه من حقوق الله تعالى والحقوق لجماعة المسلمين. فإن قيل هبْ أن الجرحة ثبتت اعذروا إليّ في إسقاط الجرحة. والسلطان مخيّر فيه للإعادة للقضاء أو يقدم غيره.

وقد يقال: لا سبيل إلى تسمية الشهود فإن جرحهم سقطت الجرحة والسلطان مخير فيه. وما ذكرت من سقوط شهادتك فما علمنا منها أشد. والقاضي إذا قال في تجريح القاضي شهد عندي شاهدان لا أسميهما فله ذلك على ما أصّلْناه في ترك الإعذار.

وتجريح السر عند القاضي جائز. وكذلك لو جعل رجلاً في السر للتجريح

(1) سورة الزخرف، الآية: 19.
(2) سورة الزخرف، الآية: 86.

للشهود لكان جائزاً. ولا يقبل الرجل إلاّ اثنين ولا إعذار في هذا الرجل. ولو شهد شاهدان على العلانية وجب الإعذار في الحقوق إلاّ في خطة القضاء.

قلت: وقعت هذه المسألة ببعض أصحابنا، عزل بجرحة من شهود بلده فطلب الإعذار بالعداوة فلم يمكن من ذلك في تجريحهم بغير شهود بلده ومكّن من ذلك بشهود بلده فلم يجدْ، ثم بعد ذلك سبب له حتى زالت عنه تلك الجرحة، وهو الآن قاضٍ، وقد ولي بعد هذا بلاداً.

وفيه: في رجل قاض إلى نظره جهتان فيهما أزْيَد من ألف رجل من بياض ورعية، يقيم على أموالهم سد الثغور ومرّ الجيوش ومؤنته وغير ذلك، فتشكّى صنف من البياض منهم وهم نحو الخمسين رجلًا، وتبعهم نحو الخمسة والستة من غيرهم وجميع الناس من الخاصة والعامة غيرهم يصفونه بالاعتدال من قرب الجانب على الضعفاء والتعطف عليهم ولين كفه لهم وصبره على مَن جَفَا منهم وذهب الذين تشكوا به المرة بعد المرة ومنهم من كان أخاه وصهره وصاحبه، ومنهم من كان ابن عمه ديناً قبل المقوم عليه مكان المطلوب وطلبوا عزله، فهل هذه علة توجب عزله أم لا.

جوابها لابن رشد: إذا كان القاضي المذكور مشهوراً بالعدالة والخير والأمانة واتهم من يشتكى منه بمطالبته بوجه من الوجوه التي أوْمَأْتَ إليها فلا ينبغي عزله من الحكم ولا يصرف عن النظر فيه. ومثله لابن الحاج.

وفيه: أجاب ابن العواد في عقود تتضمن سخطة قاضٍ من آكد الفروض المتعيّنة التعجيل بعزل القاضي المذكور وإراحة دين الإسلام والمسلمين منه. فبقاؤه يحكم في دين الله لا يحل طرفة عين، فلا يحل لمن استرعاه الله أمر المسلمين تركه طرفة عين ولا يسمع في أمره من يداهن ولا يتقي الله ولا ينصح المسلمين والإسلام، والإعذار إليه باطل لا يلتفت إليه. وهذا خطب جليل وحدثٌ عظيم أن يُقال بالإعذار في هذا. فإنا لله وإنا إليه راجعون على تغيير سنن الإسلام وتبديل معانيها. وما ذكرتَه من إثبات [12 أ] العدالة مع إثبات الجرحة واستفاضتها لا يُلتفت إليه. فالجرحة هي المعمول بها على أن عزل هذا القاضي واجب في دين الإسلام والحيطة لأهله، لا يجوز تأخيره طرفة عين.

ابن عات: ولا تقبل شهادة القاضي إذا أقرّ وثبت عليه أنه حكم بجور أبداً وإن تاب وصلحتْ حاله كشاهد الزور لأنه أقبح منه وتُكتب أمورهما في كتب لئلا يدرس فتقبل شهادتهما. ولا تجوز شهادة مرْتَشٍ ولا ملقن للخصوم ـ فقيهاً كان أو غيره ـ ويضرب على يديه ويشهر به في المجالس ويعرّف به ويسجل عليه. وقد فعله بعض القضاة بقرطبة بكثير من الفقهاء بمشورة من أهل العلم عنده.

ابن يونس في المجموعة عن أشهب؛ إذا اشتكى القاضيَ رجلٌ أنه جار وحكم عليه بغير الحق فيُكشف عن ذلك، فإن أخطأ في رأيه وتبيّن للعلماء نهوه عن إنفاذه، وإن خفّ على الإمام جمعهم عنده فعل وإلاّ أقعد معه رجالاً من أهل العلم والصلاح ويأمرهم بالنظر فيه ولا ينفرد دونهم ولا ينفعه قوله: كنتُ حكمتُ قبل قعودكم، لأنه مُدَّعٍ إلاّ أن يقيم بيّنة أنه كان حكم، فينظر في ذلك فإن كان صواباً أو فيه خلاف مضى وإلاّ فُسخ.

وإذا اشتُكيَ القاضي في أحكامه وميله بغير الحق فينبغي للإمام أن ينظر في أمره فيعزل من في بقائه مفسدة وجوباً فوراً، ومن يَخشى مفسدتَه يُعزل استحباباً، ومن غيره أولى منه عزله راجح.

وفي النوادر لابن حبيب عن أشهب ومطرف: ينبغي للإمام أن لا يغفل عن تفقد قضاته، لأن عمر ـ رضي الله عنه ـ يقدم كل عام أمراءه ومعهم من عملهم رجال فإن أرادوا بدل عاملهم عزله وأمّر غيره. أصبغ: يعزل من يخشى ضعفه أو وهنه أو بطانة السوء إن أمن جوْره في نفسه. ولا بأس أن يعزله لغير ذنب وأن يُخبر الناس ببراءته. كما فعل عمر بشرحبيل بن حسنة قال: أمِنْ سخْطَة عزلتَني؟، قال: ولا، ولكن وجدتُ من هو مثلك في الصلاح وأقوى على عملنا منك، فلم أرَهُ يحلّ لي إلاّ ذلك، قال: إنّ عزْلك عيب فأخبر الناس بعذري، ففعل عمر.

ومن عزله عن سخطةٍ حق عليه شهرته وإزاحتُه، وعزله بالشكية إن لم يكن مشهوراً بالعدالة. قال شيخنا: ففي وجوب العزلة أو الكتب إلى صالحي بلده

ليكشفوا عن حاله، فإن كان على ما يجب وإلاّ عزل، ثالثها إن وجد بدله وإلاّ فالثاني، وقال أصبغ بعزله وإن كان مشهوراً بالعدالة والرضى إذا وجد منه بدلاً، لأن في ذلك صلاحاً للناس وكسراً للقضاة وللولاة عن الناس وتفريجاً لهم في ما بين ذلك. وقد عزل عمر سعداً على الشكية فقط وسعد أنفذ حجّةً وأظهر براءة من جميع من يكون بعده إلى يوم القيامة. وإن تظاهرت الشكية وقفه بعد عزله للناس ليدفع من يدفع ويحقق من يحقق. فقد وقف عمر سعداً فلم يصح عليه مكروه، وبرأه الله وكان عند الله وجيهاً.

المازري: قول جابر بن سمرة شكى أهل الكوفة سعداً إلى عمر فعزله واستعمل عليهم عمار بن ياسر فشكوه حتى ذكروا أنه لا يحسن يصلي، فأرسل إليه فقال: يا أبا إسحق أن هؤلاء يزعمون أنك لا تحسن تصلي، فقال: أما أنا فإني كنت أصلي بهم صلاة رسول الله ﷺ ما أخرم عنها، أصلي بهم صلاة العشاء وأؤكد في الأوليين وأخفف [12 ب] في الأخريين، قال: ذلك الظن بك يا أبا إسحاق. فأرسل معه رجلاً أو رجالاً إلى الكوفة، قيل إن الرجل محمد بن سلمة فسأل عنه أهل الكوفة فلم يدع مسجداً إلاّ سأل عنه فيثنون معروفاً حتى أتى مسجداً لبني عبس فقام رجل منهم يُقَال له أسامة بن قتادة يكنى أبا سعدة فقال: أما إذا نشدتنا فإن سعداً كان لا يسير بالسوية ولا يقسم بالسوية ولا يعدل في القضية، فقال سعد: أما والله لأدعونّ بثلاث، اللهم إن كان عبدك هذا كاذباً قام رياءً وسمعة فأطِلْ عمره وأطل فقره وعرِّضْه بالفتن. فكان بعد ذلك إذا سئل يقول: شيخ كبير مفتون أصابتني دعوة سعد. قال عبد الملك: فأنا رأيته قد سقط حاجباه على عينه من الكبر وإنه ليعرض للجواري في الطريق يغمزهنّ. وسعد أحد العشرة المشهود لهم بالجنة الذين توفي عنهم رسول الله ﷺ وهو عنهم راضٍ، وأحد الستة الذين بينهم الأمر شورى في الخلافة، ولو قُدِّم لكان لذلك أهلاً.

ابن عبد السلام: في النفس شيء من احتجاج الفقهاء بهذه القضية ونحوها من الأمر. الآن نظر الأمير لأن له الاعتماد على علمه وعلى ما يسئل عنه خفية وعلى ما يظنه ويتوهمه فينظر إلى الكلام فيه بسبب ذلك. فالخليفة عزله بمجرد

الشكوى والقاضي نظره مقصور على مسائل الخصام وهو مستند فيها إلى القرائن والبينة وشبه ذلك فيظهر عدله وجَوْره ولا ينبغي أن يقتصر في عزله على مجرد الشكوى لا سيّما مشهور العدالة. ولهذا لم يظهر أن عمر عزل قاضياً بمجرد الشكوى.

قال شيخنا الإمام: الصواب التفريق بين مجرد الشكوى بقاضي بلد الخليفة وغيره لِيُسْر الاطلاع على حال من ببلده وعسر الاطلاع على حال غيره.

المازري: إن عُلِمَ عِلْمُ القاضي وعدالته ولم يتقدم فيه قادح لم يعزل بالشكية، ويسأل عن حاله بسببها سراً فإن ثبت فيه مطعن عزل وإلاّ أُقِرَّ. ومن لم تُتَحقق عدالته، في عزله بمجردها قولان، المازري: إذا كان في العزل مصلحة العامة أمر الإمام بالمبادرة إليه. وعن عمر أنه قال: لا يسألني قوم عزل أميرهم إلاّ عزلته. وإن وجد الإمام أفضل ممن ولّى فله عزله، وإن لم يجد إلاّ من هو دونه فلا يعزله، فإن عزَلَه لم ينفذ عزله. قال شيخنا الإمام: وفيه نظر.

قلت: وشكا أهل القيروان قاضيهم فرفعوا شكيتهم لسيدي الشيخ الصالح أبي الحسن بن المنتصر فكتب للخليفة بما هذا نصه: «الحمد لله وحده. أسعدكم الله بإيصال نعمته، ووفَّر حظكم من رحمته، وجعلكم لنعمه من الشاكرين، وبطاعته من العالمين، وبعد، فإن جماعة القرويين الواصلين إليكم هم وجوه البلد وشهودها وهم قد تأذَّوا بولاية ابن فندار عليهم ويذكرون أموراً شنيعة لا تليق بأهل الديانة، وقد امتنع بعضهم عن رفع الشهادة عنده لأنه عنده ممن لا يجوز الرفع إليه. وقد سمعت من غيرهم من أهل الصدق ممن خالطه بالمدرسة بتونس ـ حرسها الله ـ أنه ممن لا يجوز أن يلي هذه الخطة لما هو عليه من الصفات المذمومة. وهم يطلبون [13 أ] من عدلكم الراحة من ولايته فقد حصل بينهم من العداوة الدنية في ما يقولون في من لا يصلح إن يكون والياً عليهم بحال. وقد عزل عمر سعد بن أبي وقاص ـ رضي الله عنهما ـ عن أهل الكوفة لما شكاه أهل الكوفة وسعد ـ رضي الله عنه ـ ممن لا يشك في فضله

وعدله فكيف لا يُعزل من الظن به غير هذا؟ وإن أشكل عليكم أمره وتوفقتم في حاله فرُدّوا أمره إلى قاضي الحضرة بحكم بما يريه الله فيه. والله يسدّدكم في القول والعمل، ويصلح على أيديكم ما فسد من الأمور.

وإلى الله سبحانه المشتكى وبه المستعان، ولا حول ولا قوة إلاّ بالله العلي العظيم. والسلام الأتمّ على من يقف عليها ورحمة الله وبركاته. وكتب العبد الفقير إلى الله تعالى علي بن منتصر بن محمد الصدفي».

وحكى الجوزي في الأذكار قال: تظلّم أهل الكوفة من عاملها إلى المأمون فقال: ما علمت في عمالي أعدل منه، فقال رجل من القوم: يا أمير المؤمنين فقد لزمك أن تجعل لسائر البلدان نصيباً من عدله حتى تكون قد ساويتَ بين رعاياك في حسن النظر. فأما نحن فلا يخصّنا منه بأكثر من ثلاث سنين. فضحك المأمون وأمر بصرفه.

وفيه: ما حكم به الحاكم على وجه الاجتهاد لعدم النص فيه والإجماع لا يجوز لأحد إبطاله وهو نافذ لا يتعقب ولا يفسخ للزومه للمحكوم عليهم ما وجب الحبس لهم بحياتهم، ولم يصر لغيرهم بوفاتهم. إذ ليس يملك حتى يورث عنهم. ويورث عن المحكوم له على نحو ما حكم له به. قاله ابن رشد.

وكان محمد بن فرج يقول: أما قضاة الحواضر والقواعد فقضاياهم ومخاطباتهم ماضية إلاّ أن يتبين الجوْر. وأما أحكام قضاة الكور فيتوقف في أحوالهم ويسئل عنهم. وأما أصحاب المدن فيحملون على الجور، كما حوض الحمام الذي هو محمول على النجاسة.

ابن رشد في سماع يحيى: القاضي العدل العالم لا تُصفح أحكامه ولا ينظر فيها إلاّ على وجه التجويز لها إن احتيج إلى النظر إليها لعارض خصومة أو اختلاف على حدٍّ لا على وجه الكشف والتعقب لها إن سأل ذلك المحكوم عليه فتفسد كلها إلاّ أن يظهر في شيء منها عند النظر إليه على الوجه الجائز أنه خطأ ظاهر لم يختلف فيه فيرد ذلك. والقاضي الجائر تُرَدّ أحكامه دون تصفح وإن كانت سقيمة ظاهرة إلاّ أن يثبت صحة باطنها. والقاضي العدل الجاهل تُتَصفّح

أحكامه، فما هو صواب أو خطأ فيه خلاف أنْفذ، وما هو خطأ لا خلاف فيه فيُردّ.

ويختلف في أحكام القضاة الذين لا تُرتضى أحوالهم ولا تجوز شهادتهم إن لم يعلموا بالجور في أحكامهم.

وفي أحكام أهل البدع والأهواء، فقال ابن القاسم والأخوان هي كأحكام الجائر لا يمضي منها إلاّ ما علم صحة باطنه بالبينة العادلة. وقال أصبغ كأحكام [13 ب] العدل الجاهل فتُتصفّح فيمضي منها ما كان صحيحاً في الظاهر.

وحكى الفضل عن ابن الماجشون: إن القاضي الجائر تتصفح أحكامه كالقاضي الجاهل، وهو شذوذ.

وأما الخطأ الموجب لردّ حكم العدل العالم إذا ذكر الذي بنى عليه حكمه فيوجد قد خالف النص من آية أو سنة أو إجماع. قاله اللخمي. زاد شيخنا الإمام: أو كما ثبت من عمل أهل المدينة لأنه عند مالك مقدَّم على الحديث الصحيح عنده.

قلت: هذا إن كان مالكياً فواضح لأنه يقول عمل أهل المدينة حجة. وأما على مذهب غيره فلا ينقض لأنه ليس مذهبه وليس العمل به عنده حجة، وزاد المازري عن الشافعي: أو قياساً لا يحتمل إلاّ معنى واحداً. وقال: والظاهر أنه يشير إلى القياس الجلي الذي لا يشك في صحته.

وفي النوادر عن ابن الماجشون: من الخطأ الذي ينقض به حكم العدل العالم الحكم باستسعاء العبد لعتق بعضه، وبالشفعة للجار وتوريث العمة و لخالة والولي الأسفل، وشبه ذلك. وذكرها المازري ونقل عن ابن عبد الحكم أنه لا يرى النقض في شيء من هذه المسائل لأن نقله غير قطعي، وقول ابن الماجشون بعيد لأن الاستسعاء ورد به حديث ثابت بن يونس.

عن ابن القاسم: من طلق امرأته البتة فرفع لمن يراها واحدة فجعلها واحدة فتزوجها الباتّ قبل زوج، فلمن ولي بعده أن يفرق بينهما. وليس هذا من

الاختلاف الذي يفوت الحكم به. وقال ابن عبد الحكم: لا ينقض ذلك كان ما كان ما لم يكن خطأً محضاً. ابن حبيب: لا يعجبني ما انفرد به ابن عبد الحكم.

ولو رُفع من قتَل رجلاً غيلةً لقاضٍ يرى فيه العفو فأسلمه لأوليائه فعفوا عنه، ففي منع من ولي بعده بنقض حكمه قولان لابن القاسم وأشهب. ولابن رشد في سماع عيسى: لا خلاف في نقض حكم من قبله إن كان خطأً لم يختلف فيه وإن اختلف فيه لم يرده. وقيل: يُرَدّ إن كان شاذاً. وعن ابن الماجشون: يرد وإن كان الخلاف قوياً مشهوراً إن كان خلافاً ببينة قائمة.

قال شيخنا الإمام: ونزلت مسألة في نحو عام ستة وثلاثين وسبعمائة ـ 736 هـ / 1240م ـ وهي مسألة شيخنا أبي عبد الله بن الحباب، كان حكم عليه قبل هذه المدة بنحو عشر سنين الشيخ الفقيه أبو إسحق بن عبد الرفيع في جنة استحقّها منه بنو السطّي في عنفوان كمال تمكنهم من دولة السلطان الأمير أبي يحيى فحكم عليه في بناء أحدثه بها بعد خروجها من يد ابن السطي، أحدثه القائد ابن يعقوب. وكان بناء رفيعاً فحكم عليه بقيمته منقوضاً مقلوعاً. فلما انتسخ تمكُّنُ السطي طلب ابن الحباب أن يُجعل له مجلسٌ ينظر فيه في الحكم المذكور، فأمر به السلطان واجتمعوا بدويرة جامع الزيتونة كل من يطلق عليه اسم فقيه معتبر حينئذ حقيقة ومجازاً، فلما اجتمعوا ورئيس المجلس حينئذ القاضي ابن عبد السلام وكان اعتذر للسلطان عن الحكم بينهما بأن[14 أ] شهادته تقدمت في الحكم المذكور فصرف الحكم بينهما لقاضي الأنكحة حينئذ وهو الشيخ أبو محمد الأجمي فقال لأهل المجلس: ما تشهدون به في حال الفقيه أبي إسحاق بن عبد الرفيع؟ هل كان من قضاة العدل والعلم أم لا؟ فقال له جلهم: هو من قضاة العدل والعلم، فقال لهم: اشهدوا علي بأني أمضيت حكمه هذا، وكان ذلك بمحضر الشيخ الفقيه ابن عبد السلام فلم يتعرض له في ذلك سؤال ولا إنكار. فكان شيخنا ابن الحباب ينكر هذا الحكم أيضاً ويحتج بما تقدم من أن القاضي العدل العام ينظر في حكمه المعين البين الخطأ، ولا أبْيَنَ من خطأ الحكم بقيمة البناء منقوضاً في مذهب مالك ومن علم منه اتباعه وتقليده.

قال: وتقدم في الاستحقاق جوابه.

قلت: كنت سألتُه عن اعتذار ابن عبد السلام بأن شهادته تقدمت في الحكم المذكور، هل هو صحيح؟ فقال لي: هو خطابه قصد به صرفها عنه، ولو حكم لجاز. ثم رأيت لسحنون في كتاب الأقضية له ونقلها ابن يونس عنه أن القاضي لا يستشير العالم في ما شهد به العالم عنده، وكذلك في سجلات الباجي عنه وزاد خلافاً لغيره فقال: لا بأس. قلت: وإذا كان لا يستشير فأحرى أن لا يحكم، فسكت عني.

وقول سحنون ظاهر لأن المسألة حينئذ هي أو بعض فصولها متوقفة على علمه، وهو لايحكم بعلمه عند مالك.

وفي سماع ابن القاسم في من كتب له عامل في مسألة حكم فيها عاملان قبله هل ينظر فيها؟

فكتب إليه: إن كان من قبلك أمضاه بحق فأنفذه لصاحبه. ابن رشد: هذا يدل عل أن الفقيه المقبول القول يكتب للحاكم بالفتوى وإعلامه بما يصنع وإن لم يسأله الحاكم، وهذا في غير القضاة، وأما القضاة فلا ينبغي الكتب إليهم بما يفعلون إلاّ أن يسألوا لأنه يؤدي إلى أنفة تؤذي.

قلت: وبسبب هذا أدركتُ بعض أشياخنا المفتين إذا ورد عليهم سؤال فيه حكم قاضٍ من بعض الكور يردّه عليه حتى يبعث إليه قاضيه لأنه إن لم يقدر علي رده لما تنبني عليه من المفسدة في وغر الصدور عليه بتحريف المسألة حتى يردها لهواه، لا سيما إن كان حكم فيها بخلاف ما أبرزته الفتوى.

ابن رشد: قوله إن كان أمضاه بحق يدل على أنه أمره بالنظر في ما حكم به من قبله فإن كان بحق أنفذه، فعلى هذا يحمل كلام العمال على الرد حتى يتبين أنها بحق فيمضي وهو خلاف قولها: ما قضت به ولاة المياه جائز إلاّ أن تكون جوراً بيّناً لأنه مقتضى أنها على الإجارة فلا ينظر فيها ولا يتعقب، وهو مذهب أصبغ، ورآها مرة مردودة ما لم يتبين فيها الحق، وهو اختيار ابن حبيب

قياساً على الشهادة. وأما العدل منهم فحكمه محمول على الجواز ولا يرد منه إلاّ ما تبين فيه الجور اتفاقاً.

قال: ويحتمل أن يحمل ما في المدونة على العدل، وما في هذا السماع على غير العدل فلا يكون اختلافاً.

والذي أقوله: أن ينظر إلى الأمير الذي ولاه فإن كان عدلاً فهو محمول على العدالة وإن كان جائراً فولى غير العدل حمله على غير العدالة وإن كان غير عدل ولا يعرف بالجور في أحكامه ولا بتوليته غير العدل جرى على الاختلاف في جواز أحكامه.

واختلف شيوخنا في أحكام ولاة الكور مثل القواد فأمضاها أبو إبراهيم ولم يُجِزْها[14 ب] اللؤلؤي حتى يجعل له مع المعتادة النظر في أمر الكورة بالنظر في الأحكام. واستحسن ابن أبي زمنين[1] إن كان للكورة قاضٍ قد أفرد للنظرِ في الأحكام أن لا يجوز حكم الولاة، وإن لم يكن لها قاض أن يجوز حكمهم لما للناس في ذلك من الرفق، وهو أحسن الأقوال إذ تولية القاضي مع القائد دليل على أنه حجر عليه النظر في الأحكام[2]. وإن لم يولَّ معه فيها حاكم وجب أن يجوز حكمه، كقول مالك في ولاة المياه.

قلت: انظر ما يقع اليوم بتونس، يقدم فيها حاكم الليل[3] وصاحب الحسبة وأمناء الأسواق وحكّام الفحص، هل يجري حكمهم على هذا الخلاف المتقدم أو لا يجري؟ لأن أكثرهم معروفون بالجور والظلم والتسبب في أخذ أموال الناس بغير حق، ولا يحكمون بحق ولا تجري أحكامهم على شرع بل على فراسات وتأويلات وأهوية. وهذا هو الظاهر أنها مردودة مطلقاً. ولهذا جرت العادة في من ثبت أنه دعاه إليهم أن القاضي يؤدبه لأنه عرض بظلمه عند هذا الجائر، لا سيما إذا دعاه خصمه للقاضي فيدعوه هو لهؤلاء الحكام.

وكان بعض من لقيناه ممن يُقتدى به يأمر بعض من ثبت له حق بأن يوصله

---

(1) سقط العَلَم في أ و ب وثبت في ج.

(2) خمس جُمل سقطت من ب.

(3) كذا بجميع الأصول، ولعل صوابها: حاكم البلد.

إلى هؤلاء الحكام يقول لأنه أخبر في القضية وهم أهيب من القاضي لا سيما إذا كان يعسر الوصول إلى القاضي إلاّ بمشقة، وإن بلغ إليه فلا يخلص عن قرب، وربما وقعت عليه الشدة منه، وربما جزع منه صاحب الحق لقوة طريقة القاضي وكثرة أعوانه فيتخلط الأمر عليه وينسى حجته وتدحض من شدة ما يلاقي.

وإذا ثبتت هذه الأشياء وكان يعلم أن خصمه لا يظلم عند العالم بل يتوصل إلى حقه بسطوة الوالي فيكون حينئذ مندوحة. وهذا كله قد جرب ووقع وارتضاه شيخنا الإمام، وربما فعله في بعض حقوقه.

أبو محمد: من خالف على إمام وتغلب على بعض الكور فولى قاضياً فقضى ثم ظهر عليه فأقضيته ماضية إن كان عدلاً إلاّ خطأ لا اختلاف فيه. وكل قضاء بحق لا يحلّ فسخه.

قال شيخنا: لم يجعلوا قبوله الولاية للمتغلب المخالف على الإمام جرحة لخوف تعطيل الأحكام.

قلت: حكى القاضي في المدارك اختلاف الرواية عن مالك في من ولاه سلطان جائر فأظن أنه حكى من رواية ابن فروخ عدم مضي أحكامه. وحكى من رواية ابن غانم مُضيّ أحكامه. وكذا أحفظ في أهل الرجل أو من هو تحت ولايته. ابن حفصون: إنه لا تجوز شهادتهم ولا خطاب قضاتهم.

وكذا عندنا في قُوصَرَة[1] كانوا لا يجيزون خطاب قاضيها ولا شهادة أهلها لأنهم رضوا أن يكونوا تحت إيالة النصارى. وقد مر في الجهاد خلاف في استباحة أموالهم حكماً لها بحكم الدار أو احترامها بحكم إسلامهم، والأول أصح كمن خرج من دار الحرب وترك أهله وولده.

وسئل المازري عن أحكام تأتي من صقلية من عند قاضيها وشهادة عدول فيها، هل يقبل ذلك أم لا؟ مع أنها ضرورة ولا يدري إقامتهم هناك تحت أهل الكفر هل هو اضطرار أو اختيار؟

---

(1) جزيرة قرب الشواطىء الشمالية للبلاد التونسية.

فأجاب: القادح في هذا وجهان: الأول يشتمل على القاضي وبيناته من ناحية العدالة، فلا يباح المقام بدار الحرب في قياد أهل الكفر. والثاني من ناحية الولاية إذ القاضي مولى من قَبَل أهل الكفر. فالأول له قاعدة يعتمد عليها في هذه المسألة وشبهها وهو تحسين الظن بالمسلمين ومباعدة المعاصي عنهم، فلا يعدل عنها لظنون كاذبة وتوهمات واهية[15 أ] كتجويز ما ظاهرَه العدالة، وقد يجوز في الخفاء وفي نفس الأمر أن يكون ارتكب كبيرة إلاّ من قام الدليل على عصمته. وهذا التجويز مطّرح والحكم للظاهر إذ هو الراجح إلاّ أن يظهر من المخائل ما يخرج عن العدالة فيجب التوقف حينئذ حتى يظهر ما يبدو زوال موجب أرجحية العدالة وبقيَ الحكم لغلبة الظن بعد ذلك والحكم هو مستفاد من قرائن محصورة فيعمل عليها، وقرائن العدالة مأخوذة من أمر مطلق متلقى.

وقد أمليتُ في هذا طرفاً في شرح البرهان وذكرت طريقة أبي المعالي وطريقي لمّا تكلمنا في ما جرى بين الصحابة من الوقائع والفتن ـ رضي الله عنهم أجمعين ـ .

وهذا المقيم ببلد الحرب إن كان اضطراراً فلا شك أنه لا يُقدَح في عدالته، وكذلك إن كان اختياراً جاهلاً بالحكم أو معتقداً للجواز، إذ لا يجب عليه تعليم هذا العلم وجوباً يقدح في عدالته. وكذلك إن كان تأويله صحيحاً مثل إقامته ببلد الحرب لرجاء هداية أهل الحرب أو نقلهم عن ضلالة ما، وأشار إليه الباقلاني. وكما أشار أصحاب مالك في جواز الدخول لفكاك أسير. وكذا إن كان تأويله بخط ووجوه لا تنحصر كما أن الشبهة عند الأصوليين لا تنحصر. وربما كان خطأ عند عالم وصواباً عند آخر على القول بأن المصيب واحد فالآخر معذور. وأما لو أقام بحكم الجاهلية والإعراض عن التأويل اختياراً فهذا يقدح في عدالته.

واختلف المذهب في شهادة الداخل للتجارة اختياراً، واختلف في تأويل المدونة فيها، والمقيم فيها أشدّ. فمن ظهرت عدالته منهم وشُك في إقامته على أي وجه فالأصل عذره، لأن جل الاحتمالات السابقة تشهد لعذره فلا ترد

لاحتمال واحد إلاّ أن تكون قرائن تشهد أنّ إقامته كانت اختياراً إلاّ لوجه.

وأما الوجه الثاني وهو تولية الكافر القضاة والأمناء وغيرهم لحجز الناس بعضهم عن بعض واجب، حتى ادعى بعض أهل المذهب أنه واجب عقلاً، وإن كان باطلاً فتولية الكافر لهذا القاضي العدل إما بطلب الرعية له أو إقامة لهم للضرورة لذلك، فهذا لا يقدح في حكمه وتنفذ أحكامه كما لو ولاّه سلطان مسلم.

وفي كتاب الأيمان في مسألة الحالف ليقضيه حقه إلى أجل أقام شيوخ المكان مقام السلطان عند فقده لما يخاف من فوات القضية.

وعن مطرف وابن الماجشون في من خرج على الإمام وغلب على بلد فولىّ قاضياً عدلاً فأحكامه نافذة.

وسئل ابن الضابط عن مسألة من هذا وهو وقف مال عند رجل لغائب بصقلية فقدم آخر فأثبت موت الغائب وعدة ورثته وأنه وارثه وأراد أخد المال الموقوف، وأثبت هذه الوفاة بإشهاد قاضي صقلية على نفسه بعدلين بثبوتها عنده، وثبتت عدالة شهود حكم القاضي خاصة، والقاضي ولاه الروم[1] فخاف الوقوف عند المال إن دفعه بهذه أن لا يبريه، لما تقدم شرحه.

فأجاب بأنه لا يصح حكم هذا القاضي حتى تثبت عدالته، فعورض بأن مثل هذه المسألة وقعت، وأجاب بأن مثل هذه ضرورة والأصل أن ورثته ومن قام من غرمائه في حال ضعفهم[15 ب] ففي تربّصهم مشقّة، فأجاب بأنه يقدر على كشف هذا بسؤال عدول المهدية عن حال هذا القاضي فما يخفى عليهم حاله.

وفي الحاوي: لا يجوز للمالكية الحكم عند الخوارج مثل الوهبية ونحوهم، ولا يستفتونهم ولا ينكحونهم أو ينكحون إليهم ولا يشهد في أنكحتهم وبياعاتهم.

---

(1) بجميع الأصول: الروس، والإصلاح مقترَح.

قلت: تقدم أن هؤلاء ممن تتعقب أحكامهم كالقاضي الفاسق وهذا على القول بفسقهم، وعلى القول بكفرهم فحكمهم حكم الكفار في نقض جميع أحكامهم. وكذا تقدم لعز الدين في حكم القائلين بالجهة، وهو مذهب عامة المحدثين والفقهاء وقليل من الأصوليين. فالصحيح عندهم أنهم ليسوا بكفار، مستدلاً عليه بأن علماء المسلمين ناكحوهم وأجازوا شهادتهم. وتقدم ما فيها في الصلاة.

وفيه: المحتسب أو القاضي الجاهل لا يقرأ ولا يكتب في الشهادة إلا اسمه واسم أبيه فيكون قاضياً غير مأجور، وهل يسوغ التخلف عن رفع الشهادة لمثل هؤلاء؟.

جوابها: لا يجوز أن يلي مثل هؤلاء ولا تؤدى عليهم الشهادة.

قلت: قال الباجي لا نص في الأمي، وللشافعية فيه قولان: الجواز والمنع، والأول أظهر اعتباراً به صلى الله عليه وسلم. ووجه المنع أنه الصلاة والسلام معصوم. وكذا ذكر ابن رشد في النقل والتعليل. قال شيخنا الإمام: والأظهر جري توليته على ولاية الأعمى لأن إبصار الأمي في الأحكام كالعدم.

قلت: الأشبه المنع كما وقع في الجواب وتعليق الجواب بالناسي فاسد. وقد تفطن لذلك بعض أمراء بني العباس حين ولى قاضياً أمياً فتُعُقّب على القاضي، فذكر الناسي في مقابلة التعقب فبعث إليه الأمير وأنّبَهُ على ما ذكر وقال: هو في حقه عليه الصلاة والسلام معجزة وفي حق القاضي نقص، وعزله أقبح عزلة.

وتقدم في الشروط ولاية الأعمى في كلام عياض. ومن لا يجيز شهادته لا يجيز حكمه من باب أحرى. أشار إليه المازري وعياض أيضاً.

الباجي: لا خلاف في اعتبار كون القاضي عالماً مع وجوده، والذي يحتاج إليه من العلم أن يكون مجتهداً.

وفي المجموعة عن ابن القاسم: لا يستقضَى من ليس بفقيه. وعن أشهب

والأخوين وأصبغ في الواضحة: لا يصلح كونه صاحب حديث لا فقه معه، ولا صاحب فقه لا حديث معه، ولا يفتي إلاّ من هذه صفته إلاّ أن يخبر بشيء سمعه. فإن لم يوجد إلاّ عالم غير مرضي أو مرضي غير عالم فروى أصبغ: يولى العدل لأنه يستشير أهل العلم. وجعل ابن زرقون وابن رشد كونه عالماً يستحب. وعن عياض وابن العربي والمازري: شرط العلم مجتهداً أو مقلداً إن فقد كشرط الحديث والإسلام.

المازري: اختلف في انعقاد ولاية المقلد ونفوذ أحكامه فمنعه الشافعي وحكاه أيمتنا عن المذهب وأجازه أبو حنيفة ويستشير المجتهد. قال: وزماننا عارٍ من الاجتهاد في إقليم المغرب فضلاً عن قضاته. فمنع ولاية المقلد تعطيلٌ للأحكام. وأحكام المقلدين مختلفة قد يُوَلَّى عامي لغناه وتحليه باسم العدالة والوقار ولا له في تخصيص مجالسة العلماء ما يميز به ما يجب قبوله من أحد الخصمين وما يوجب على كل خصم حقاً أو جواباً أو مالاً. وإن كتب له عما سئل عنه لم يفهم مواقع الجواب وما يعرض فيه من احتمال[16 أ] يجيب بغير السؤال عنه، فمثل هذا لا تجوز ولايته.

ومن يفتي في هذا الزمان أقلّ حاله أن يكون مطلعاً على روايات المذهب وتأويل الأشياخ لها وتوجيههم ما اختلف ظاهر بعضها مع بعض وتشبيههم مسائل بمسائل قد سبق للفهم تباعدها إلى غير ذلك مما بسَطَهُ الأشياخ. فهذا لعدم المجتهد يقتصر على نقله.

واختلف أصحاب الشافعي في جواز إفتاء المفتي إذا كان مجتهداً في مذهب إمام وبجوازه أخذ القفّال وهو مبني على جواز تقليد الميت، وفيها اختلاف بين الأصوليين.

قال شيخنا الإمام: وفي الإجزاء نظر والأقرب فهمه على من أجاز منع إفتاء المجتهد الخاص، ومن منع يجيزه خوف التعطيل.

ابن العربي: قبول المقلد الولاية مع وجود المجتهد جورٌ وتعدّ، ومع فقده جائز ويحكم بنص قول مقلده فإن قاس عليه أو قال يجيء من هذا كذا فتعد.

قال شيخنا: وهذا يؤدي إلى التعطيل لأن الغرض عدم المجتهد، فإذا كان حكم النازلة غير منصوص ولم يجز للمقلد المولّى القياس على قول مقلده في نازلة أخرى تعطلت الأحكام. وأيضاً هو خلاف عمل متقدمي أهل المذهب كابن القاسم في المدونة في قياسها على أقوال مالك والمتأخرين كاللخمي وابن رشد والتونسي والباجي وغير واحد من أهل المذهب، بل من تأوّل كلام ابن رشد فإنه يعد اختياراته وتخريجاته في أقوال يحصلّها.

قلت: ما ذكر ابن العربي هو القسم الثاني والثالث الذين ذكرهما ابن رشد في مسائله وقد تقدم في صدر هذا التقييد، وهو الجاري على مذهب الأصوليين في نفيِهِمْ القياس التمثيلي، وهو قياس صورة على صورة، ويصح ما ورد به على مذهب الفقهاء. وأما ما ذكره من تعطيل الأحكام جملة فليس كذلك بل الصورة التي ليس فيها نص للعلماء قليلة وأكثر الوقائع في آخر الزمان واقعة في ما قبله، بل تفتقر للحفظ والفطنة في تطبيق الواقعة على ما حفظه وتشكيل الصورة في خاطره حتى يظهر فكره إلى ما في محفوظه فتدخل الصورة فيه.

وأما إذا لم يكن فطناً وكان حافظاً كما نسمع من كثير من طلبة المغرب الأقصى فتصعب في حقه هذه الطريقة لأنك تجد الصورة النازلة في محفوظه ويبعد تفطنه إليها، وما ذاك إلا لأنه اشتغل بطلب الحفظ دون تحصيل المعاني، فأشبه المحدث الراوية فقط. ويدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام «رُبّ حامل فقه إلى من هو أفقه منه، ورُبّ حامل فقه ليس بفقيه»

وقد ألفّ الشيخ أبو الحسن بن مناد تقييداً جلّه مشتمل على فضل الفقهاء على المحدثين، وذكر من ذلك وقائع سئل عنها المحدث فيحيد عن الجواب وربما ألجَمَهُ وسكت ويسهل على الفقيه استخراجها. ولولا الإطالة لذكرت بعض ما حفظتُ من ذلك.

وأحفظ للشيخ أبي محمد في جامع مختصره أنه قال: رُبّ محدث يكون أجهل الناس بالأحكام. وقد أثنى الناس على البخاري الذي تأليفه فقه اشتغل بحفظ الحديث واستنباط الأحكام منها. ومنه: الحديث مضلّة إلاّ للفقهاء.

وقول ابن وهب: [16 ب] لولا مالك لضللنا، إلى غير ذلك.

وتقدم في صدر هذه المسائل قوله فيها: لا ينبغي لطالب العلم أن يفتي حتى يراه الناس أهلاً للفتيا وهم العلماء ويرى هو نفسه أهلاً لذلك. وقال ابن رشد في الأسئلة أيضاً ومثله في رسم الشجرة من جامع العتبيه وزاد فيه معنى «يرى نفسه أهلاً لذلك» أي يعلم في نفسه أنه كملت له آلات الاجتهاد وذلك علمه بالقرآن وناسخه ومنسوخه ومفصّله ومجمله وعامّه من خاصّه[1] مميزاً بين صحيحها وسقيمها عالماً بأقوال العلماء وما اتفقوا عليه وما اختلفوا فيه، عالماً بوجوه القياس ووضع الأدلة مواضعها، وعنده من علم اللسان ما يفهم به معاني الكلام. ومن لم يلحق بهذه الدرجة لم يصح أن يُستفتى في المجتهدات التي لا نص فيها، ولا تجوز له الفتيا برأيه في شيء إلاّ أن يعلم برواية عن عالم بنقله في ما يجيز به. وإن كان فيها اختلاف أخبر بالذي ترجّح عنده إن كان له فهم ومعرفة بالترجيح.

قال شيخنا الإمام: وهذا حال من أدركناه وأخبرنا عنه، إنهم كانوا يفتون ولا قراءة لهم في العربية فضلاً عما سواه من أصول الفقه. وقد ولي خطتي قضاء الأنكحة والجماعة بتونس مَن قال: ما فتحتُ كتاباً في العربية على أحد. ومثله ولي القضاء في هذا القرن ـ يعني الذي هو فيه، وكان الثامن ـ.

وقد رأيت بعض هؤلاء يُقْرِئون التفسير، وأُخبرتُ أنّ بعضهم كان منعه قاضي وقته فلما مات أَقراه. وأفتى ابن عبد السلام بوجوب منع من لم تكن له مشاركة في علم العربية من إقراء التفسير، ثم كان في حضرته من يُقْرِئُه بل ولاه محلّ إقرائه وهو ممن لم يقرأ في العربية كتاباً، والله أعلم.

وعد ابن الحاجب كونه فطناً من شروط الجواز، وهو ظاهر كلام الطرطوشي لا يكتفي بالعقل التكليفي بل لا بد أن يكون بيّن الفطنة بعيداً من الغفلة. وعده ابن رشد من الصفات المستحبّة. والحق أن مطلق الفطنة المانعة من التغفل شرط وجوب، والموجب للشهرة غير النادرة هي المستحبة. ولفظه

---

(1) جملتان سقطتا من ب.

من أَبْنيَة المبالغة.

ابن رشد: ومن الصفات المستحبة كونه بَلَدِياً، ووجْهه لِيُسْرِ معرفته بالناس فيقبل الزكي ويرد الغوي. وكان ابن عبد السلام يجعل ذلك في الكور مانعاً. فحدثني أبو القاسم أحمد العربي ـ رحمه الله ـ أنه تولى القيروان فبعث للقاضي ابن عبد السلام يشفع في القلاّل[1] وكان من طلبة القرويين ممن قرأ على ابن عبد السلام في أن يولّيه صفاقس. فكتب إليه: «بلغني أن بها خاله» ثم كتب بولايته الحمّة. ووجه ذلك لما شاع من فساد القضاة لميلهم لقراباتهم ومعارفهم.

وفي الحاوي: لا تقع الأحكام إلاّ بثبوت ما يوجبها من الأصول لابغلبة الظن. ولو حكم بما لا يوجه الحكم ثم تبين أنه حق لكان إثماً، ولو حكم بما يوجبه الحكم ثم تحقّق خلاف ذلك لكان جوراً.

والصواب أن كل مجتهد مصيب. ولا يقال للمجتهد إذا اجتهد في شيء أخطأ. وقيل: المصيب واحد والمخطىء غير آثم. والقولان لمالك. وقول من قال فتأثيم المخطىء غير صحيح فإنه يؤدي إلى تأثيم بعض الصحابة أو الجماعة أو بعضهم، والمقلد للمجتهد جارٍ على هذا.

قلت: تقدم حديث القضاة ثلاثة. وإن أحد القاضييْن الذيْن في النار أحدهما الحاكم برأيه والآخر بهواه، فأهلك نفسه وأهلك أموال الناس، وإن حكمه لا يجوز ولو صادف الحق. وتقدمت مسألة كل مجتهد مصيب في أول هذه المسائل.

وعن ابن محرز في رجل في عشرة الستين أو السبعين يرمى بصحبة الأحداث[17 أ] والخلوة بهم، مُتّهم بالقبائح لا يقبل القاضي شهادته وربما تهدد بالضرب إن تكلم بين اثنين تولّى الآن قضاء قرية وربما فاوضه في النوازل أو سماه بالفقيه وهو لا يجيز شهادته، هل يجوز هذا للقاضي؟.

---

(1) في ج: القفال.

فأجاب: من هذه أوصافه فحقيق أن يلحظ بعين النقض والبعد حتى ينقطع من الأوصاف القبيحة المذكورة والعدالة صفة لا تثبت زينة لذي زينة إلاّ بها فقيهاً أو محدثاً أو قاضياً أو كاتباً، وأدْنَى رُتَبها وأقربها الشهادة فلا تثبت إلاّ بها فرفعه عما هو أعلى أولى وأجدى بالفتيا والقضاء. ومن رتب ما ذكرت إمضاؤه هو الصواب لا تقريبه، وتقريب هذا القاضي لا بد له من غرض فيه فيسأل عنه وتبيين حاله، فلعله خفيَ عليه حاله فظهر لغيره.

قلت: وكذا من عزل من الشهود لجرحته وتبين ذلك. وقد شاهدنا بعض قضاة الكور قرب رجل مشهور بالطلب لكنه كان مجرحاً مرفوع اليد واعتذر عن تقريبه بأنه يستعين به في معرفة الوثائق والأحكام. وهو كان خاله، وقرأ على جماعة. لكنه إن كان يستند في أحكامه على إجازة فهذا لا يحل إذ لا يوثق به على دين الله في مسائل الأحكام. وإن كان يدله على ما يطالعه ولا تنبني على معرفته مفسدة للعامة فهذا لا بأس به.

وقد شاع وذاع عزل القضاة لبعض من لا يستحق العزلة وتعديلهم لمن لا يصح تعديله لهواه أو كونه قريبه أو صديقه أو صهره أو لمعروفه عليه. وذلك كله من الحكم بالهوى والفساد. أعاذنا الله من ذلك وجعلنا ممن يحب في الله ويبغض في الله، ومِن هوى يقود إلى عمى وضلالة.

وسئل ابن النعمة عن معنى المستناب في الأحكام هل تمضي أحكامه جملة؟

فأجاب: الذي عندي أن لفظة الاستنابة والاستخلاف تقتضي النظر في جميع الأشياء إلاّ ما نص عليه العلماء في الوصايا والأحباس والإطلاق والتحجير والقسم والمواريث ونحوه. إلاّ أن يقصره القاضي على نوع فلا يعدوه إلى غيره. ومرت هذه المسألة.

وسئل أبو الفرج عمن عادته فرض النفقات على الزوجات والأولاد متى احتاج القاضي إلى ذلك وأمضى فعلهم فامتنعوا مرة من فرض نفقة أطفال ودعوا إلى الصلح وتأخير الأمر حتى أضر بالصبيان ولا يوثق في ذلك الموضع بغيرهم،

هل يسوغ لهم ذلك أم لا؟ وما يجب عليهم وعلى القاضي في ذلك؟ وما الحكم إن عدم من يفرض النفقات.

جوابها: إذا كان الأمر على ما وصفتَ فواجب على العدول النظر في تحديد النفقات وهو الواجب الحتم واللازم الجزم. وتحديد النفقات لذويها مما يجب القيام به ولا سبيل إلى الوصول إلى ذلك إلاّ بمعرفة أهل العدل والمعرفة بذلك. فلو تأخروا ضاعت الحقوق ووقع الضرر، ولو فعلوا ذلك لكانت جرحة تمنعهم الشهادة ويأثمون والدعوة إلى الصلح ابتداء لا تجوز لهم ولا للقاضي إلا في الأمر المشكل في الحكم فلا يظهر الحق ويخاف من الوقوع في هذه. ومع الوضوح والبيان فترك الصلح فرض على أهل هذا الشأن ولا يجوز لا سيما في حقوق الصغار. ومثله ما يتعلق من عمل البر والمعونة عليه، كذلك قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾(1) وأمر بالقيام بالقسط فقال ﴿كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ﴾(2) وغير ذلك من الآيات. فإذا ثبت هذا وجب على العدول الدخول فيه وسلوك أشد المسالك ولا يسعهم الوقوف، وبالله التوفيق.

قلت: هذا ونحوه يوجب إذا دعا القاضي العدول إلى التجمع في شيء، إما في كتب أمرٍ عام كالبيعة ونحوها أو قضية أشكلت أو يريد الإعانة في الأحكام لأمر عرض له إشكاله أو للوقوف في إقامة حد من الحدود ويشهد عليه أو رؤية هلال في رأس الشهر أو غير ذلك من الوظائف الهامة التي يحتاج القاضي إلى غيره ممن له أهلية لذلك فتجب طاعته ولا يجوز اجتنابه لذلك وتبرمه لأنه من باب الإعانة على الدين والتقوية في نفوذه، وهذا إذا كان منتصباً للشهادة بين الناس. فأما إن كان منقطعاً عنهم ولا يشهد إلاّ في النادر فحدثني شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ عن شيخه ابن عبد السلام أنه كان قدّم شاهداً بالقيروان ـ وكان مؤدباً ـ فكان القاضي متى عرض له أمر بعث إليه فيه فتبرّم من ذلك وكرهه واستعدى بالشيخ المذكور فكتب إليه ليتشفع بإعفائه من ذلك فكتب

---

(1) سورة المائدة، الآية: 2.

(2) سورة النساء، الآية: 135.

إليه: إن كان يجلس للناس ويأخذ الأجرة فتجب عليه الإجابة ولو بغير فعال عمار الرقبة وإن كان لا ينتصب فلا يجيبه ويرد عليه بأدنى وجه مما يمتنع به.

قال: وكذا كان جرى لي مع قاضي الجماعة الشيخ الفقيه أبي علي بن عبد الرفيع دعاني مرة إلى حضور حدٍ من الحدود بحضرة فأجبته ثم دعاني مرة أخرى وكان بجواره متيسّراً له فامتنعت واحتججت بقول حسن بن علي - رضي الله عنهما - حين دعا عثمان - رضي الله عنه - علياً لإقامة الحد على الوليد بن عقبة فأمر ولده أن يقيه ذلك ويتولّى فقال: والله لا أفعل يتولى حارها من تولى نارها، فكأنه أخذ عليه وطلب ولد أخيه عبد الله بن جعفر يتولى ذلك ففعل وعليّ يعدّ حتى بلغ أربعين فقال: حسبك، وقال: جلد النبي ﷺ في الخمر ثمانين وجلد أربعين، وكلّ سنة.

قال واستعفيت من ذلك ممن هو قائم بأمور الناس فأعفاني.

وحدثني مَن أثق به عن سيدي الشيخ الفقيه أبي عبد الله الرماح أن الشيخ الفقيه أبا إسحاق بن عبد الرفيع عيّنه لقضاء الحمّة فتلطف في الامتناع وكتب رسماً على نفسه أنه لا يُحسن أحكام القضاء وبعثه فأبى أن يعفيه وقال: هبه يكون مقلداً، فبالعقل يسأل وبالورع يقف. فكلم بعض مشيخة العرب حتى كلم السلطان في أن يشفع فيه عند القاضي فكلمه فأعفاه ثم جاء بعد معتذراً عما فعل فقال له قاضي الجماعة: منعتَ نفسك مني وأردت أن تأخذ[1] جامع القيروان حانوتاً لطلب الآخرة، يعني لكثرة ملازمته.

وحكى ابن الرقيق أن عبد الله بن فروخ ولما أن أراد روح بن حاتم أن يكرهه على القضاء أو يدل على من يكون قاضياً وأشار إلى عبد الله بن عمر بن غانم فتولى القضاء فكان ابن غانم متى عرضت له مسألة بعث إلى ابن فروخ فيها، فكره ذلك ابن فروخ فقال: ما رضيتُها أميراً فكيف أرضاها وزيراً؟ ثم خرج إلى مصر وبها مات هارباً من هذا وكراهته في الخلاف[2].

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

(2) الرقيق القيرواني: تاريخ إفريقية والمغرب ص 141.

والأصل في هذا أن الإنسان متى خاف إضاعة الحقوق في عدم الإعانة أو عجز القاضي عن ذلك حتى يضعف الحق أو يخاف أن يجري لعدم حضرته مفسدة فواجب القيام والحضور. وهذا الذي ذكر عليه الصلاة والسلام من إظهار كلمة الحق عند ذي سلطان جائر ونحو ذلك.

وسئل الصائغ عمن استقر في ذمته مال كثير للفقراء من ربع اشتراه ممن لا وارث له فدفع قدر ربعه للفقراء بشهادة عدول ومعاينتهم وقبض بقية المال قاض معروف بالظلم مجاهر به وهو المعروف بابن المبارزي وكيف إن عاينت البينة دفعه إليه وقال أبرأته من المال الذي بيده أو دفعه بمعاينة عدول للفقراء على يدي القاضي المذكور، هل يبريه ذلك أم لا؟

فأجاب بخطّه: الذي أخذ منه الفقراء بمعاينة العدول هو الذي يُبْريه. وأما أخذ الجائر من يده لنفسه وإبرائه منه ولم يوصله إلى الفقراء فلا يبريه لأنه باق في ذمته فلا يبرأ منه إلاّ بوصوله ليد الفقراء.

قلت: مثل هذه المسألة إذا جار السلطان فأخذ الخراج من المرتهن وهو ظلم إنه لا يحاسب به وضمانه منه. وتقدم أخذ مسألة إذا دفع الإيقاف عن الميراث من ماله فلا يرجع بشيء. وإن ابن عبد السلام أمر بإرجاعه لكنها مخالفة لما حكم به ابن عبد الرفيع في رجل عليه دين لرجل هرب فأجبر على دفع ذلك للوالي عن صاحب الدين الهارب كحكم ببراءة ذمة الغريم. فعلى هذا يبرأ هذا الرجل إذا دفعه للقاضي الجائر.

ومثله دفع الزكاة لولاة الجور جبراً وهم لا يضعونها في محالّها ففيها القولان المشهوران. والذي عليه العمل الإجزاء وإن كان ظاهر المذهب في غيرها عدم الإجزاء، وهو يجري على قسمة الغاصب هل تصح أم لا؟ وتقدم أحكام قضاة الجور وهل يمضي منها ما صادف ظاهر الحق أم لا؟

وسئل السيوري عن قاضٍ باع تركة ميت قبل إثبات موجبات البيع ولا يخشى على التركة في بقائها وربما كانت تركة غريب فباعها قبل ظهور وارث؟ وكيف إن كان فيها غبن أو باع بدراهم غير جيّدة هل يضمن النقص أو يردّ عين

التركة أو مثلها إن فقدت أو قيمتها إن وجب تغريمه؟

فأجاب: إذا باع التركة على ما ذكرت فبيعه لا يجوز وينقض إن كان النقض خيراً للمستحق أو غائباً أو من لا ينظر لنفسه ووجد قائماً، فإن فات رد القاضي مثل ما له مثل كالمكيل والموزون أو القيمة في غيره يوم تعدى بسكة ذلك اليوم ولا يدخل يده في مال من لا نعرف حياته من موته حتى يثبت حاله فيدخل يده على ما يظهر من حاله ويجب النظر فيه.

وسئل أيضاً عن قاضٍ أمر ببيع تركة فبيعت وأوقف على جريدتها أربع سنين ولم يقض ديناً فيها وحقوق أيتام حتى عُزل وولي غيره فجاء الغرماء والورثة إليه وطلبوا جمع هذه التركة وضبطها فأخرجت الجريدة فوجد المال عند قوم منهم غائب ناحية مكة شرفها الله تعالى ومنهم من ادعى أنه كان يدفع لرجل من قِبَل القاضي المعزول وليس من أهل الأمانة مستغرق الذمة، ومنهم من مات ومنهم من تخلّى من البلد لسبب جرى عليهم من السلطان، فسئل الذي زعم أنه قبض شيئاً من جهة القاضي فأنكر وشهدتْ بينة أن عادة القاضي في ما باعوه بذلك البلد أن يقبض ولا يتأخر هكذا وأنّ هذا إهمال وتضييع ولم تجر العادة بتأخير التركة طول هذه المدة، فبيِّنْ لنا مَن يضمن في هذه التركة؟

فأجاب: إذا كان جميع ما وصفته وثبت ذلك فالقاضي ضامن.

وأجاب [18 ب] اللخمي في قاضٍ جائر كان بقفصة، هذا رجل سوء وحكمه في ماله حكم مستغرق الذمة، ينزع جميع ماله حتى يعود فقيراً حسبما كان قبل أن يلي القضاء، ويتحاصّ فيه جميع غرمائه، فكل من أثبت السبب الذي يدّعي أنه كان عندما أكله أو أباحه له السلطان وادعى ما الغالب أنه لا ينجو منه إلاّ بذلك دخل في غرمائه. والحكم فيه أن يعاقب أشدّ العقوبة ويخلّد في السجن ويخرج من وقت إلى وقت ويضرب.

وعن أصبغ في من كان معروفاً بالشر والسرقة أنه يُسجن أبداً، وهو الصواب.

وكان سحنون يضرب ابن أبي الجواد القاضي ويعيده في السجن وكان عنده أموال الناس وادعى هلاكها، فلم يزل يضربه من وقت إلى وقت حتى مات

في السجن[1]. وما يقول وهو تحت القهر والسجن إنه تائب غير مقبول، ومن كانت عنده وديعة فلا يجوز ردها إليه إذ لا شيء له فيها وإنّما يخرجها ليدخل فيها غرماؤه. فإن كان يعلم منه أنه يبطل الحق ويحق الباطل فأحكامه على الرد إلاّ ما ثبت عمله بالحق. وأما الكتب فما ثبت منها كونه حُبساً فهو كذلك ومن ثبت له بيع لغرمائه ولا يشهد على أحكامه لأنها باطل. ومن كانت عنده شهادة ودعاه من له فيها حق إلى أدائها فليؤدها فإن عمل لها عمل بحق وإن أبى أو أفسدها أو حرفها فلا إثم عليه، وليس على الشاهد به شيء. وما عُلم من أحكامه أنه بني على حق للمحكوم له شهد فيه وإنْ ظلم المحكوم له في أنه لم يحكم له حتى أرشاه وشبه ذلك وأفتى أن القاضي إذا لم يسم البينة وحكم بها استأنف البيّنة ثم عقد الحكم بعد ذكره.

قلت: ما أشار إليه من قضية ابن أبي الجواد أنه كان قاضياً بالقيروان، ثم عزل ورجع سحنون في موضعه ونظر في ديوان الودائع فوجد فيه مالاً لورثة رجل يقال له ابن القلفاط فأحضر وكشف عن ذلك فأنكر وجحد الخط فشهد عليه في وجهه سليمان بن عمران وابن قادم الفقيهان بأنه خطه وكانا يكتبان له، فتمادى على الإنكار، فتلوّم له سحنون وأعذر إليه وأرسل من يشير عليه بإنصاف القوم فلجّ في الإنكار عليه فحبسه أياماً فلم يرجع إلى الحق فأخرجه وضربه عشرة أسواط ورده إلى السجن. وأتت زوجته بنت أسد بن الفرات والتزمت الدفع عنه فقال لها سحنون: إن قال زوجك هذا مال الميت أو بدلاً منه قبضتُه وأطلقتُه لك، فأحضِر فامتنع من قوله ذلك. فكان سحنون يُخرجه في كل يوم جمعة فإذا امتنع من الأداء ضربه عشرة أسواط حتى ضربه مراراً كثيراً ثم مرض ومات في السجن من مرضه ذلك، وقصته مشهورة حكاها ابن الرقيق بزيادات.

وعن أبي عمران: إنّما ضربه سحنون لأنه اتّهمه كما ضرب السارق حتى يخرج أعيان تلك السلع. روي أن سحنوناً كان يقول بعد موته: مالي ولابن أبي الجواد، وكأنه تحرج من موته خوفاً.

(1) أورد القصة القاضي عياض في المدارك، انظر تراجم أغلبية 110.

قلت: هذه المسألة وشبهها تدل على أنه يحكم بالحزر والتخمين ولا خلاف أنه لا يجوز الحكم بذلك حسب ما تقدم.

قال شيخنا الإمام: وكثيراً ما رأيت بعضهم يحكم في النازلة وهو لا يستند في حكمه لنقل يذكره بحال لما استقريء من حاله[19 أ] إذا روجع في بعض أحكامه لم يذكر مستنداً لنص ولا لرواية ولا قولاً لبعض أهل العلم لمذهب ولا قياس عليه.

قلت: وهو أكثر في بعض قضاة الكور. قال ابن الحاجب: وهو فسق وجور شديد وإن صادف الحق فالمشهور فسْخه، وإن لم يصادفه فالإجماع على فسخه وأغرم ما أتلفه بحكمه. وأما لو أشكل عليه الحكم فقال اللخمي: إنه يوقف وحسن أن يدعوهما إلى الصلح.

وأجاب سحنون حبيباً: إذا كان في أمر الخصمين بتهمة وإشكال فلا بأس أن يأمرهما بالصلح. ورواه محمد عن مالك أنه قال في بعض المسائل: لو اصطلحا. ويتقرر الإشكال في ثلاثة أوجه: عدم وجدان أصل النازلة في كتاب ولا سنة، والثاني أن يشك هل هي من أصل كذا أم لا؟ والثالث أن يجد لها أصلين بالسوية دون ترجيح. ويختلف في هذا القسم هل حكمه الوقف في الحكم أو التخيير بحكم بما شاء؟ وفي مثل هذا يندب إلى الصلح ولا يجبر عليه.

وحدثني شيخنا الغبريني ـ رحمه الله ـ أنه لما تولّى قضاء القيروان كان فيها رجل من كبار أهلها وهم أصل في الخطة يقال له أبو الحسن البهلولي القرشي، قال: بعث إليّ الشيخ يعني ابن عبد السلام أن اعْزِلْه وكان عدلاً فاستحْيتُ لما نعلم من مكانه في بلده بيّنة وعلماً حتى كانوا يسمّونه مالكاً الصغير، فبعثت للشيخ أستعطفه في بقائه وذكرت له ما حاله في بلده، فأجابني بأنه لا بد من عزله، واعتل بأنه قدّمه في طرابلس قاضياً فأجبر على الصلح وقدم عدولاً فسمعت بذلك فبحثت ثانية فأجابني: أنا قدمتهم وأنتم تعزلونهم. فكتبت إليه وما بين التقديم والتأخير من حقوق الناس كيف يعمل فيه.

ابن عات: إن كان جاهلاً لا يميز بين الحق والباطل لا يجوز أن يشاوَر في ما يحكم به، لأنه لا يدري إن كان حكَم بحق أو باطل. ولا يجوز لحاكم أن يحكم بما لا يعلم أنه الحق لأنه لا بد بعد مشورته من دلالة تظهر له الحق في ما أشير به عليه.

وروى ابن وهب عن يحيى بن سعيد: كل من ولي الحكم من أمير أو قاض أو صاحب شرطة مسلّط اليد فكل ما كان من عقوباتهم من موت وكان في حد من حدود الله أو أدب بحق فهو هدر. وما أتى من ظلم بيّن مشهور متعمد فعليه القَوَد في عمله والعقل في خطئه. أصبغ: وهو قول جماعة علمائنا وكذا ما تعمد من إتلاف مال بلا حق ولا بشبهة فذلك في ماله يأخذ به المظلوم في ما شاء منه أو من المحكوم له به.

وفي الحاوي: لا ينبغي للقاضي جلوس أيام النحر ويوم عرفة والتروية وما جرى عليه أمر الناس.

قلت: زاد ابن عبد الحكم: ولا يجلس أيام الأعياد وإن لم يكونوا في حج ولا قبلها مما هو في سببها ولا يوم خروج الحاج بمصر لكثرة من يشتغل يومئذ بمن يسافر، وكذا في الطين والوحل. وكل هذا ما لم تكن ضرورة لمن يُنزل أمراً فعلى القاضي أن يبعث وراء الخصم وينظر في مسألته.

ابن يونس عن الأخوين: لا بأس أن يتخذ أوقاتاً يجلس فيها للناس وينظر في ذلك بما هو أرفق به وبالناس. اللخمي: يلتزم وقتاً من النهار ليعلَمه أهل الخصومات، لأنه إن اختلف أضر بالناس. وعلله المازري [19 ب] بتقرر الشرع برفع الحرج. ولا يجلس للقضاء بين المغرب والعشاء ولا بالأسحار. ما علمنا مَن فعله إلاّ لأمر يحدث بتلك الأوقات، فلا بأس أن يأمر وينهى ويسجن فيه ويرسل الأمين والشرط، أما الحكم فلا. ولأشهب: لا بأس أن يقضي بين المغرب والعشاء إن رضي الخصمان، وأما أن يكلف الكاره فلا.

ولا بأس بالقضاء بعد الأذان بالظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح، ويرسل إلى الخصم فيحضره في بعض هذه الساعات فيقضي عليه شاء أو أبى.

نقله عنه المتيطي وهو مناف لأول قول اللخمي لا يجب في هذه الأوقات إلاّ ما يخاف فواته والضرر بتأخيره أو ليمين كان حنث صاحبها.

ابن الحاج: ويحكم القاضي لعدوه وعليه لأن أسباب الحكم ظاهرة بخلاف الشهادة فيشهد له ولا يشهد عليه، قاله الماوردي في الأحكام السلطانية وهو خلاف مذهب مالك لما وقع في نوازل سحنون من أقضية العتبية من عدم جواز الحكم عليه.

قلت في النوادر: وعن ابن المواز إذا حكم القاضي فأقام المحكوم عليه بيّنة أنّ القاضي عدو له فلا يجوز قضاؤه عليه. وهذا اللفظ أتمّ مما نقل ابن شاس لأنّه بعد الوقوع.

المازري: عداوة المفتي كعداوة الشهود بخلاف القاضي لأن القاضي لا يعمل من تلقاء نفسه كالعدول هذا إذا كان العدول مستظهرين على القاضي قاهرين له، ولو كان على العكس لحق بالعدول والمفتي إن ردّ السؤال إليه مع إقراره بالعداوة وبلغ ذلك القاضي فهو وصم عليهما. وأما تأدية الجرحة فينظر فيها فإن كانت النازلة مجمعاً عليها وحكم بجوابه مضى الحكم على اضطراب في جرحتها لعدم العدالة اليوم. وإن كانت النازلة مختلفاً فيها فأفتى بالمشهور من المذهب وبنى عليه رأي الشيوخ وحكم من مضى على اضطراب في هذا الأصل. وإن أفتى بغير المشهور من المذهب لم يمض الحكم وكانت جرحة على المفتي إذا شهد عليه بالإقرار بالعداوة إذ الغالب اليوم عدم الثقة من العدول والقضاة والمفتيين.

وفي النوادر أيضاً: وفي كتاب ابن سحنون: لا يجوز أن يقضي القاضي لنفسه. ابن رشد: وفي سماع ابن القاسم في رسم تأخير الصلاة له الحكم بالإقرار على من انتهك ماله فيعاقبه ويتولّى المال بإقراره ولا يحكم بشيء من ذلك بالبيّنة. ودليله قطع أبي بكر الصديق يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته. هذه الرواية الصحيحة.

وفي صحة حكمه لمن لا تجوز شهادته له ومنعه ثالثها إلاّ الزوجة وابنه

الصغير ويتيمه. ورابعها المنع إن قال ثبت عندي ولا يدري أثبَتَ أم لا وإن حكم ببيّنة جاز إلاّ في الثلاثة. اللخمي: والمنع أحسن بعد أن عزاها. وهذا في المال وغيره مما تدرك فيه الحمية لم تجز بحال وما اجتمع فيه حق لله، وله في جواز حكمه بما هو لله، كمن شهد عنده عدلان بأنه سرق من ماله ما يُقطع فيه، في قطعه بحكمه قولان لابن المواز وابن عبد الحكم.

قال شيخنا الإمام: هذا يُوهم أنّ قول عمر إنّما هو في ما شهد به عدلان. وفي النوادر ما نصه: قال أشهب في المجموعة إن أخذ القاضي من سرقة فله قطْعُه ولا يحكم عليه بالمال، وكذا في الموازية وفي المجموعة.

وكذا في محارب قطع عليه الطريق فليحكم عليه بحكم المحارب ولو أتى تائباً سقط عنه حكم الله ولا يستقيد [20 أ] السلطان منه لا بإقراره ولا ببينة ولا يرفعه لمن هو فوقه، قال: والصواب إن كان ذلك ببينة فله رفعه لمن هو فوقه. ولو كان السلطان أحد الشهيدين عليه بالحرابة وأخذ قبل أن يتوب فله أن يقيم عليه الحد، وأحب إليّ رفعه لمن هو فوقه.

قلت: ظاهر المدونة أنه لا يقيم عليه الحد إلاّ أن يكون معه غيره، وظاهره نصاب البينة لا أحد ركنيها.

قال: وعن ابن القاسم وأشهب: إن سرق من بيت القاضي وقامت بيّنة عنده، وعن ابن عبد الحكم لا يقطعه.

ابن حبيب عن الأخوين وأصبغ: إن تخاصم عنده خصمان له قِبَل أحدهما دين فلا بأس أن يقضيَ بينهما إن كان غريمه مَلِياً، وإن كان عديماً لم يجز.

اللخمي: إن شهد القاضي وآخر على أنه سرق، للقاضي رفْعه لمن هو فوقه بقطعه بشهادتهما وأغرمه بشهادة الأجنبي مع يمين القاضي، وقيل في هذا الأصل لا يقطع بشهادتهما لأن شهادة القاضي تسقط للتهمة فلا تتبعض الشهادة.

وفيه: ينبغي للقاضي أن يشاور من أهل العلم العالم الناقد الخيّر الورع الواثق بنفسه وعلمه، العالم بكتاب الله وسنة رسوله وما مضى من الحكم، العارف باللغة ومعنى الكلام، الموثوق به في دينه المؤمن في ما يشير به، ولا

يميل إلى هوى ولا طمع. وإذا كان كذلك فرآه الناس أهلاً، وجب على القاضي مشورته وعليه أن يفتي الناس حينئذ.

قلت: تقدم أنّ من شروط القاضي المستحبّة أن يكون مستشيراً لأهل العلم عارفاً بآثار من مضى، حليماً نزيها صلباً ورعاً مستخفاً بالأيمة غير هيوب لهم. وبعضها في الدونة من قول عمر بن عبد العزيز وابن شهاب. زاد سحنون فيها: غير مخدوع في عقله، وهو معنى فطناً حصيف العقل، وأما مطلق العقل فركن من أركانه. وزاد الطرطوشي أن لا يكون عقله يؤدي إلى الدهاء والمكر، فقد عزل عمر زياد بن سمية وقال له: كرهت أن أحمل الناس على فضل عقلك، وكان من الدهاة.

قلت: وفي سراج الملوك: هاجة الفتنة ودهاة العرب ستة فذكره وذكَر عمرو بن العاص والمغيرة بن شعبة ومعاوية وقيس بن سعد وآخر. وأنكر ابن عبد السلام أن يكون عمر ولّى زياداً وتعقّبَه شيخنا فانظره. وفي المدونة: وأن تكون بطانته من أهل الدين والأمانة والعدالة والنزاهة يستعين بهم. وقال ابن الحاجب: يكون سليماً من بطانة السوء.

وفيه: عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: مِن أشراط الساعة تجارة السلطان. وعن وهب بن منبّه: إنا نجد مكتوباً: «ملعون من يتّجر في ولايته». وكتب عمر بن عبد العزيز إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن: إن تجارة الولاة لهم مفسدة وللرعية مهلكة فامنع نفسك ومن قِبَلك عن ذلك. وبلغني أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ كان يكتب بذلك لعماله. وكان لعمر بن عبد العزيز سفينة يحمل عليها الطعام وهو أمير المدينة فيبيعه فيها فنهاه محمد بن كعب القرظي عن ذلك وقال: قال رسول الله ﷺ «أيما تاجر تجر في رعيته فقد هلكت رعِيته» قال: فأمر بذلك الطعام فتصدق به وفكّكها وتصدق بخشبها.

ابن يونس عن مطرف وابن الماجشون: لا يشتغل في مجلس قضائه ببيع ولا ابتياع لنفسه [20 ب] أشهب ولا لغيره إلاّ ما خفّ شأنه وقل شغله والكلام فيه. سحنون: وترْكه أفضل، ولا بأس بذلك في غير مجلس قضائه له ولغيره.

وما باع أو ابتاع في مجلس قضائه لا يرد إلاّ أن يكون أكره على ذلك أحداً فليرد، ولو كان بغير مجلس قضائه.

المتيطي عن أشهب: إن اشترى الإمام العدل أو باع من أحد شيئاً ثم عزل أو مات فالبائع أو المبتاع منه مخيّر في الإمضاء والرد.

وفي النوادر عنه: إن عزل والبائع والمبتاع مقيم بالبلد لا يخاصمه ولا يذكر مخاصمته لأحد فلا حجة عليه والبيع ماضٍ.

ابن شاس: ومن آداب القاضي أن لا يشتري بنفسه ولا بوكيل معروف حتى لا يسامح في البيع. وعن ابن عبد الحكم: لا فرق بين شرائه لنفسه ولا بين توكيله بذلك. قال: ولا يوكّل إلاّ من يأمن على دينه لئلا يترخّص له بسبب الحكم وما أشبه ذلك. قال شيخنا الإمام: ظاهر أقوال أهل المذهب ورواياتهم جواز شرائه وبيعه في غير مجلس القضاء. وما ذكره ابن شاس لم يذكره المازري إلاّ للشافعي خاصة.

قلت: وعليه عمل الناس اليوم أي مثل مذهب مطرف وابن الماجشون المتقدم. وهذا ما لم يكن على يديه مثل أن يبيع تركة يتيم ونحو ذلك، فالصواب أن لا يشتريَ منها إلاّ أن يوكّل من لم يعرف من ناحيته، كما قال في الأيمان والنذور، أو يخرج عن القضية ويصرفها إلى غيره ممن هو فوقه حتى يكون غيره هو الحاكم فيها، أي في ما أراده لنفسه فيمضي ذلك ويطلب له.

وما ذكره من بيع الولاة وشرائهم وتخيير ما بايَعَهم أو اشترى منهم إنما ذلك في العمّال لأجل الآثار السابقة لما في أيديهم من كثرة التسلط على الرعايا، والقاضي إنما هو نائب عن الخليفة في أمور شرعية منها منضبطة ظاهرة، كما تقدم أنه يحكم على عدوه ولا يشهد عليه في أحد القولين، وفيه حديث بعْثِه عليه الصلاة والسلام رجلاً بكتاب فيه دليل على أن الرجل الواحد يجزيء حمله لكتاب القاضي إلى قاض آخر إذا لم يشك الحاكم في الكتاب ولا أنكره، كما لم ينكر كسرى كتابه عليه الصلاة والسلام. وليس من شرطه حمل شاهدين له كما يصنعه القضاة اليوم، وما ذاك إلاّ لما دخل الناس من الفساد من

الضرب على الخطوط فاحتيط في ذلك بشاهدين.

قلت: وفي المدونة: ويجوز كتب القضاة إلى القضاة في القصاص والحدود لجواز الشهادة على ذلك. ابن يونس عن أشهب: يجوز على كتابه بشاهدين ولو كان في الزنا. وعارضه بعض القرويين بنقل الشهادة على شهود الزنا أنه لا يجوز أقل من أربعة. وإليه ذهب سحنون في كتب القاضي أيضاً، ويحتمل أن يقول ابن القاسم كذلك أيضاً. وعن سحنون: يجوز كتب القضاة إلى القضاة في كل خصومة من حقوق الناس من بيع أو شراء أو وكالة وفي كل شيء ثم ذكر كيفية الكتب، ثم قال: يقرأ الكتاب على شاهدين ويختمه ويشهدهما عليه أنه كتابه[1]... الشاهدين فذلك أحسن، ولا يضره إن لم يفعل ذلك.

وكان سحنون لا يقبل كتاب قاضٍ من قضاته إلاّ بشاهديْ عدل ولا يفكه إلاّ بمحضرهما، وكان يعرف خطه بعض قضاته ثم لا يقبله إلاّ بشاهدين. [21 أ] وكان القضاة إذا كتبوا إليه بمسائل الخصوم والأحكام فيجيبهم ويطبع كتابه إليهم ولا يُشهِد عليه، فكان من يرد عليه بذلك منهم عمل بما فيه. وكان يقبل كتب أمنائه وينفذها بلا بيّنة عليها. وكان يأمر بإحراز كتبهم ويرفعها عند بعض أعوانه.

واختلف في شاهد ويمين على كتب القاضي في الأموال فلم يجزه في كتاب ابن المواز وأجازه في غيره.

قلت: وأخذه ابن رشد من قوله فيها: وللطالب أن يحلّف المطلوب بالله أن هذه الشهادات التي في ديوان القاضي ما شهد عليه بها أحد، فإن نكل حلف الطالب وثبتت له الشهادة، ثم نظر فيها مَن ولي بعده بما كان ينظر المعزول، فإذا ثبتت باليمين والنكول فأحرى بالشاهد واليمين.

سحنون: ويجوز على كتب القاضي شاهد وامرأتان في ما تجوز فيه شهادة النساء.

وعن ابن نافع عن مالك: من أمر الناس القديم إجازة الخواتم حتى اتُّهِم الناس فصار لا يقبل إلاّ بشاهدين، والناس اليوم على أنه إن جاء من أعراض

---

(1) بياض بمقدار كلمة في أ، وفي ب وج وردت الكلمة غير مقروءة.

المدينة أجازوه بمعرفة طابعه وخطه وخواتمه إن كان في الحقوق اليسيرة.

قال سحنون: ويقبل القاضي كتب قضاته في ما صيروا لهم النظر فيه، ويقبل كتب الأمير إذا كان عدلاً.

قلت: والعمل اليوم عندنا على قبول خطاب القاضي وإعلامه بخطه وكذا لو تكررتْ الإعلامات مع كثرة البلاد وتنافيها، ولا يعوّل عليها في البلاد المشرقية وإنما تقبل الشهادة على القاضي فيشهدهم على نفسه ويسمونهم شهود الطريق، لكنهم يجيزون في ذلك كل مستور أو مجهول، وهذا على أصل الشافعية. وأصل مالك أن الناس محمولون على الجرحة حتى تثبت عدالتهم، ويأتي أصل الشافعية على جواز شهادة المستور في السفر. وإليه نحا ابن حبيب من أصحابنا واختاره ابن رشد في نوازله.

وفي البخاري: أول من سأل البينة على كتاب القاضي ابن أبي ليلى، وسوار بن عبد الله العنبري. وفي الوصايا: أول من فعل ذلك أمير المؤمنين وأهل بيته، يريد بني العباس. والأصل أن قول القاضي مقبول في ما أخبر أنه ثبت عنده أو قضى به فينفذ ما أشهد به من ذلك على نفسه ما لم يعزل فما كتب به من ذلك إلى قاضٍ غيره وجب على المكتوب إليه تنفيذه لأنه في كتابه بمعنى المخبر لا بمعنى الشاهد.

وسئل أبو حفص عن كتب القاضي إذا أتى إلى آخر وعرف أنه خطه وخاتمه هل يجتزيء به إذا عرفه أو لا بد من الشهادة عليه؟

فأجاب: لا يقبل كتاب القاضي إلاّ بشاهدين على إشهاد القاضي لهما بما في الكتاب، ولا يقبل كتاب قاضٍ ليس بثقة، ودخل الوهم على القضاة في قبولهم كتب غيرهم وليسوا بعدول وذلك إما رهبة أو ليقبلوا كتبهم إذا وردت عليهم، فيخاف الناس في الله ولا يخاف الله في الناس، ويستبدل طيباً بخبيث فيقبل باطلهم كي يقبلوا حقه[1] وماذا عليه لو ردّوا كتابه. فما ضر الأنبياء عليهم

(1) وردت الجملة مضطربة في الأصول.

السلام جحود من جحدهم ولا سب من سبهم وفيهم أسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر. ولو تلطف هذا القاضي فرد كتابه بوجه جميل لوجد إليه سبيلاً، ومن يتق الله يجعل له مخرجاً.

قلت: ومثله ما يفعله بعض قضاة جربة اليوم أخبرني بعضهم أنه [**21 ب**] إذا شهد عنده بعض الوهبية أو النكارة بعضهم على بعض أنه يتلطف في رد شهادتهم أو العمل بإقرار المطلوب بأن يقول له: ما تقوله في شهادة فلان وفلان فيقول: هو عندي صادق أو شهادته صحيحة أو أنه ثقة فكل ما شهد به على حق ونحو ذلك ويجتزيء بهذا لأن جُلّ أهلها خوارج ولا يركنون إلاّ لقرائهم ومرابطيهم، ولا يأتون لقضاة أهل السنة إلاّ إذا اضطرتهم الحال إلى ذلك. وهذا تلطف حسن، وإن كان أبو حنيفة يجيزها لا سيّما من قوم يرون الكذب كفراً. واختلف في جواز روايتهم، وبإجازتها قال كثير من المحدثين.

وعن المازري: إذا وقعت للقضاة مسألة مشكلة لا يجدون لها مخرجاً فينبغي أن يفسخوها ويأمرهم بالابتداء. ورفع إلى مالك أن قاضياً كتب عنده أقضية مختلفة قد تقادمت واختلف أمرها فقطعها وأمر الخصمين بالاستئناف، فأعجب ذلك مالك.

قلت: وهذا نحو ما حكى ابن سهل عن ابن عتاب أنه إذا طالت التقاييد والخصوم حتى اختلط الآخر بالأول ولا يدري منهما الصحيح من السقيم والتبستْ على القاضي فليأمرهم بتقطيعها وابتدائها.

وعن المازري أيضاً: لا ينظر القاضي في ما أنفذه القاضي قبله وأخبر أنه حكم به.

قلت: يريد ما لم يكن جوراً بيّناً أو القاضي الأول ليس بعدل كما مر.

وفي الوثائق المجموعة: لا تُعاد الشهادة المؤدّاة عند القاضي الأول إذا مات أو عزل عند الثاني.

قلت: يريد إذا ثبت تزكيتهم ويبنى الثاني على حكم الأول فيها. وأما إن

لم يثبت فيها إلاّ الدفع خاصة فلا بد من إعادتها ويطلب تمام الحكم فيها. وأحفظ هذا المعنى في نوازل ابن رشد.

وسئل المازري عن قاضٍ ولّى آخر على المناكح فتأتيه امرأة بصداق بشاهدين يعرفهما القاضي ويعرف خطهما فهل يكتفي بذلك ويأذن لها في التزويج، لأن العادة جرت بذلك أو لا بد من إحضار الشاهدين مع أنه قد يشق عليهما الدفع.

فأجاب: لا يكتفي في هذا بمعرفة خطهما لاحتمال حضورهما وإنكارهما. والشهادة على الخط مختلف فيها وقد يضرب عليها، وفيه من القوادح ما في النقل عن شهود حضور مع عدم عزلهما لما فيه من الاسترابة، وقد يحضران فينكران هذا مع الذي أشرنا إليه.

وسئل: عمن تأتي ببراءة بشاهد يُبرئها من زوج فتريد تزويج غيره، فهل يكشف الشاهد عن هؤلاء الشهود ويثبت الإعذار فيه للزوج أم لا؟

فأجاب: ليس عليه الإعذار للزوج لكنه يكشف الشهود عن المرأة إن كانوا عدولاً أو غلب على ظنه عدالتهم، ولا يلزم الإعذار إلاّ إذا حكم عليه وهذا لا يحكم بشيء وليس عليه حكومة، وإنما يزوجها بظاهر الأمر. ووقع لمالك في المرأة يموت زوجها فتأتي بشاهدين لغير حاكم فيشهدان بمعاينة الموت فإنه يزوجها بذلك ولا يحتاج إلى حاكم يحكم بالوفاة إذا كانا عدلين، لأنه لو رفع إلى القاضي لفعل مثله، وتعقد شهادة الشاهدين في وثيقة الصداق [22 أ] أو غيره لكن قبل النكاح، والأولى الرفع إلى القاضي فيحكم بالموت والفراق.

قلت: الفرق بين الأولى والثانية أن الأولى حكم الحاكم مفتقر إلى الموجبات والثاني خبر يكتفي فيه بأيسر شيء ولهذا قال الأولى الرفع للقاضي.

وسئل السيوري عمن غاب إلى مصر وله زوجة لم يخلّف لها نفقة إلاّ ما لا يفي بصداقها وليس في البلد قاض وربما كان فيه أمير من قِبَله فحلف بالمشي إلى مكة إنه لا يحكم فيه ولا ينظر في الطلاق. وربما كان بين البلد والأمير نحو ثمانية أميال والخوف بينهم عام وربما انجلى الخوف في بعض الأوقات، فهل

تقوم الجماعة مقام القاضي في هذه النازلة وغيرها؟ أم يجب على أمينه أن يحنث نفسه ويحكم أم لا.

جوابها: إذا تحرّج الناس لعدم القضاة أو لكونهم غير عدول فجماعتهم كافية في الحكم في جميع ما وصفته وفي جميع الأشياء، فيجتمع أهل الدين والفضل فيقومون مقام القاضي في ضرب الآجال والطلاق وغير ذلك.

قلت: تقدم أن الجماعة تقوم مقام القاضي مع فقده إلاّ في مسائل تقدم شيء منها.

ابن عات: حكى بعض الشيوخ المتأخرين من الثقات أن أهل البادية إذا شهدوا في حق لامرأة أو غيرها ولم يكن فيهم عدل أنه يستكثر منهم ويقضى بشهادتهم. وشهادتهم في رؤية الهلال جائزة عند ابن القاسم إذا كانوا عدولاً.

وسئل بعض المفتين عن الثقات في القرى البعيدة من المدن على الثلاثين ميلاً والأربعين وفيها الثلاثون رجلاً والأربعون وأكثر من ذلك وأقل وليس فيهم عدل مشهور بالعدالة، فمنهم مؤذنون وأئمة وقوم موسومون بخير غير أن القضاة لا يعرفونهم بعدالة ولا يجدون من يعرفهم يجتمعون على الشهادة عندهم في الأملاك والديون والمهور والنكاح وغير ذلك ولا يخالف منهم أحد، هل تجوز شهادتهم ويُقضى بها أو يتركون من غير أن ينظر في أمرهم.

فكتب: لكل قوم عدولهم ولا بد من معرفة القاضي لهم بنفسه. ونحوه لأبي إبراهيم صاحب السائح[1]. وعن غيره أن شهادة الأمثل فالأمثل منهم تقبل ويستكثر منهم ما استطاع ويُقضى لهم في ذلك. ونحوه عن أبي صالح وعن غيره: ولولا ذلك ما جاز لهم بيع ولا تم لهم نكاح ولا عقد في شيء من الأشياء.

وسئل السيوري عن المرأة إذا لم يعرفها الشهود هل يجمع عليها رجال ونساء غير عدول حتى يحصل العلم فيشهد بذلك.

---

(1) كذا بجميع الأصول.

فأجاب: أما ما وصفتَ من الجمع فهو ما تقدم من علم الضرورة عند المتكلم. واختلف الفقهاء في ما يحصّل العلم من العدد، فعن ابن القاسم: العشرون كثير، وعن سحنون هم قليل. وكان ابن أبي زيد يقول ثلاثون ولا ينظر إلى قول المتكلمين وهو الأصل، وإلاّ أنهم لم يعتبروه لكونهم يتعذر عليهم شرط العلم عند المتكلم فليجؤون إلى العدد ألاّ أنهم لا بد أن يكونوا لا تلحقهم تهمة.

وسئل عبد المنعم الكندي القيرواني عمن شهد على امرأة ولا يعرفها وإنّما يعرف أنّ لفلان ابنة على السماع، فكيف يشهد عليها؟

فأجاب؛ الشهادة على قدر ما يستقر في النفس من طرق العلم حتى تصير كالشهادة. فإن حصل ذلك جاز أن يشهدوا وتنفع شهادتهم وإلاّ لم تجز.

وفي الاستغناء عن كتاب ابن سحنون عن أبيه: ولو شهدوا على المرأة بنكاح أو إقرار أو براءةٍ وسأل الخصم إدخالها في نساء ليخرجوها وقالوا شهدنا عليها على معرفة منا بعينها ونسبها، ولا ندري هل نعرفها اليوم وقد تغيرت حالها، وقالوا: لا نتكلف ذلك. إنه لا بد أن يخرجوا عينها، فإن شكّوا وأيقنوا أنها بنت فلان ولم يكن لفلان إلاّ ابنة واحدة من حين شهد عليها إلى اليوم جازت الشهادة، وإن قالت البينة أشهدتنا متنقبة وكذلك نعرفها [22 ب] بغير نقاب فهم أعلم بما تقلدوا وإن كانوا عدولاً وعيّنوها قطع بشهادتهم.

وسأله حبيب في امرأة ادعى قِبَلها رجل دعوى فأنكرت تلك الدعوى فأقام عليها بيّنة وقالوا: أشهدتْنَا على نفسها وهي متنقبة بكذا وكذا ولا نعرفها إلاّ كذلك وإن كشفت وجهها لم نعرفها، إنهم أعلم بما تقلدوا، وإن كانوا عدولاً وقالوا: عرفناها وشهدنا عليها، فهم أعلم ويقطع بشهادتهم.

وعن ابن كنانة في من شهد على امرأة بإقرار أو بيع ولم يعرفوها بعينها وعرفوا الاسم والنسب وقالوا: إن كانت فلانة بنت فلان فقد أشهدتْنَا، فإن شهد غيرهم أنها فلانة بنت فلان حلف رب الحق على ذلك وثبت حقه.

ابن حدير عن أصبغ بن سعيد: شهدتُ محمد بن عمر بن لبابة ـ رحمه

الله ـ يكتب شهادته على أقوام مجهولين لا يعرفهم وفي الوثيقة من يعرفهم بأعيانهم وأسمائهم فقلت له: كيف يسعك أن تكتب ولا تعرف القوم؟ فقال: هم يتناصفون بينهم بالحقوق إذا رأوا شهادتنا في وثائقهم فإن اضطروا إلينا لم نشهد إلاّ في ما نعلم. وبه قال سعيد بن عبد ربه. وهذا مذهب أبي عمر الإشبيلي، وكذا كان يعمل في الوثائق ويحتج بقول ابن لبابة. وفي رسم الأقضية من سماع أشهب وابن نافع.

سئل مالك: أيشهد الرجل على من لا يعرف؟

قال: أَحَبّ إليّ أن لا يفعل، وإن الناس يشهدون لكون بعضهم يعرفه، وفي هذا بعض السعة.

وفي الواضحة عن مطرف: هل أوقع شهادتي على من لا أعرفه؟ فقال: سألت مالكاً عن ذلك فقال: لا، إلاّ أن يكون معك من يعرفه. وسألتُ ابن الماجشون وابن عبد الحكم فقالا بقول مالك. وفي المبسوط من رواية ابن القاسم وابن نافع عن مالك في الرجل يدعى أن يشهد على امرأة وهو لا يعرفها فيشهد له عدلان بمعرفتها فيشهد عليها. ابن القاسم: هذا باطل لا يشهد إلاّ على ما يشهده عليه الرجلان أو المرأة وهو لا يعرفها بغير تعريفهما. ابن الماجشون: ما قاله ابن القاسم هو الباطل، وكيف يعرف النساء إلاّ بمثل هذا؟

ابن الحاج عن ابن شعبان: يجوز قبول المعرّف بالمرأة المشهود عليها وإن لم يكن عدلاً.

قلت: وعليه عمل الناس اليوم يقبلون تعريف الناس المجاهيل وغيرهم. وكان شيخنا الغبريني ـ رحمه الله ـ يقول: تقبل معرفة الصغير والأمة يسألهما على غفلة ويترك تعريف المعرف المقصود.

وشهد مرة على نكاح امرأة من بنات الملوك فطلب الاطّلاع عليها كما ذكر في الرواية لم يمكّن من هذا ولولا جهة أخيه من الشيخ ابن تفراجين لنكّل به وقال يجعلها كابنة الجزار، يريد الاطلاع عليها.

وسئل عن الشهادة على المرأة هل يجتزىء فيها بتعريف جماعة النسوة من غير نظر إلى وجهها أو لا بد من النظر إليها؟ وهل يُجتزأ بشهرة التعريف ولو كانوا عامة لا يكتبون أسماءهم؟

فأجاب: النظر إلى وجهها أحسن خشية الجحود ويشهدون على عينها، ولو حصل لهم اليقين بكثرة المخبرين أنها هي لجازت الشهادة عليها[1] ويكتب في الوثيقة «بعد أن تحقق كونها فلانة» ولا يضرّ كون الشهود عامة وإنّما يطلب منهم أن يكونوا ثقة.

وفي أحكام ابن زياد عن أيوب بن سليمان: رأينا شهادات لا تثبت بها الوصية، يقول الشاهد إنه لم يعرف هذه المرأة المشهودة لا بعينها ولا اسمها وما رآها قبل ذلك في علمه وانتهى إليه أنها توفيت، وشهد الآخران بمثل ذلك إلاّ أنهما عرفاها يومئذ بمن عرفهما بها ممن لم يشكّا في صدقه إلاّ أنهما لا يذكرانه الآن ولا يعرفانه، فإن لم يشهد بغير هذه الشهادة لم تثبتْ الوصية ولم تصحّ. وعن محمد بن غالب مثله وقال: أنا أحد الشهود ولا يثبت بمثل شهادتي شيء لجهلي بالمرأة في حين كتب شهادتي. ولو ذكرتُ مَن عرّفني بها لكان في الشهادة ردّ على كل حال. ومثله لسعيد بن معاذ وعبيد الله بن يحيى وهي تامة بغير وجه.

وسئل ابن رشد عمن شهد على متوفاة أنها أوصتْ لأختها لأمّها بثلثها وأدّى **شهادته** وقطع بمعرفتها، وشهد عليه اثنان أنه أقر عندهما بعد الأداء أنه لم **يكن يعرفها** قبل الإشهاد وإنّما عيّنَتْها له عند الإشهاد امرأته ونعتها، **فهل تسقط شهادته بهذا أم لا؟** كالرجوع عن الشهادة، أو يكون [23 أ] جرحة في حقه تسقط **مطلقاً كتعمد الكذب؟**

فأجاب بإمضاء **شهادته** إن كان أيضاً سؤال المرأة من ناحية قبول خبر الواحد **فإن** لم يعتدّ سؤالها وتكون هي ابتدأت بذلك مثل أن تكون الموصية أتت **بها لتعريفها فلا** تجوز الشهادة عليها بتعيين المرأة له إياها في هذا الوجه ولو

---

(1) جملتان سقطتا من ب.

كانت ثقة عنده، فإن شهد جهلاً سقطت شهادته في النازلة وليس بجرحة سواها.

وأما ما يلزم الشاهد معرفته مما يشهد عليه عند وصفه لشهادته وكتبها فسألت ابن رشد عن ذلك فقال: الذي اختاره في ذلك وأراه أنه إذا لم يكن المشهود له من أهل الغفلة والجهالة أن يوقف الشاهد المشهود له على ما كتب الكاتب في آخر الوثيقة. وجرت العادة يشهد على إشهاد فلان على نفسه بجميع ما ذكر في هذا الكتاب عنه فإذا علمه وأشهد عليه فلا يحتاج إلى غيره ويشهد بذلك عليه ومثله.

قال الباجي: ولا يتصفح منها إلاّ موضع العقد للشهادة ولا يلزم قراءته كله ولا يصلحه. وكذا سجلات الأحكام، وربما اجتمع النفر الكثير للإشهاد بها ولو لزم كل إنسان قراءتها وتصفّحها لتعذر الإشهاد.

قلت: كثير ما ينزل في هذا، فإذا شهدتُ على إشهاد القاضي على نفسه بإثبات شيء أو عمل به فلا أتصفّح إلاّ وثيقة الإثبات خاصة ولا أدري ما قبلها ولا ما وقع الإثبات بسببه إذ لم يشهد عليه. وأما إذا اجتمعا في صداق ونحوه فمتى كثر الشهود قَبْلِي أو كان مَن قبلي من أهل العلم وثّقَهُ فشهد على إشهادهم ولا أتصفح لثقتي بما قرروا في الشهادات وأنه لا يزيد غيرها. وإن لم يكن هذا تأملت الوثيقة حتى نطبق الشهادة على ما سمعت من قراءتها، وعلى ما تقدم لابن لبابة ومن تابعه فلا يفتقر إلى آخر الوثيقة خاصة. وإن لم يعرف عين الشهود عليهما وهو ضعيف لأنه يؤدي إلى إثبات حق ليس بصحيح عند تعذر معرفتهما من غيبة أو موت أو مرض أو غير ذلك من الوجوه.

وذكر هنا أن تعيين المعرف ضعيف لأنه من باب النقل. وأما إذا لم يعيّنه فذكر في طرر ابن عات أنه عامل وكذا لو كتب صفة المطلوب وذكر أن بعضها أقوى من بعض. وشأن شيخنا الإمام يذكرها ويقول: هو ضعيف وليس العمل عليه وأظن أني رأيت للخمي نحو ما رأيتُ في طرر ابن عات في الشهادة على الصفة، وبها رأيت عمل الموثقين بتونس، وهو حسن.

وفي الطرر أيضاً: روي عن القاضي ابن زرب أنه كان يقول في رجل هلك

وأحاط بميراثه زوجته وبنوه منها فشهد الشهود إنهم يعرفون عين الزوجة ولا يعرفون أعيان البنات إن شهادتهم جائزة، واستدل برواية عبد الملك بن الحسن في النكاح قال: ولوشهد الشهود إنهم يعرفون أعيان البنات أن شهادتهم جائزة ولا يعرفون عين الزوجة لم تجز الشهادة، لأن البنات محمولات على الحجاب ولذلك يعذر الشهود في ذلك ونفذ شهادتهم والزوجات لسن محمولات على الحجاب كالبنات.

ابن رشد: ليس قوله بصحيح ولا فرق بينهما.

ابن حدير عن ابن رشد في من شهد في وفاة ووراثة ومناسخات وملك الأول الموروث ثم زادوا عند رفعهم الشهادة أنهم لا يعرفون عين الموروث المنسوبة إليه[23 ب] الأملاك ولا أدركوه بأسنانهم ويعرفون ما سوى ذلك مما ذكر.

فأجاب: العقد غير عامل فلا يفيد نظراً ولا يوجب حكماً.

قلت: وقيدتُ عن ابن أبي الدنيا: لا يُقبل في الاسترعاء إلا الشاهد العدل المبرز ومَنْ صفته أن يكون متيقناً ضابطاً غير مغفل عالماً بطرق الشهادة ومحملها وأدائها ومعاني الألفاظ وما تدلّ عليه نصاً وظاهراً ومفهوماً، وهذا بحسب ما يدل عقد الاسترعاء من فصوله من طول الأمد وقربه لما يعرض في طول الأمد من النسيان لا سيما إذا كان العقد يتضمن فصولاً فلا يقبل في ذلك كل شاهد.

قلت: أعرف لابن سهل في أحكامه عن بعض المفتين أنه لا تقبل شهادة الاسترعاء إذا تأخرت عن زمن محلّها إلاّ حفظاً من صدره ولا تكتب حتى يسردها على القاضي.

وسئل اللخمي عمن توفي في غير البادية وله ابن عمّ في البادية فشهد قوم منهم وربما كانوا ثلاثين منهم بأنه ابن عمه. فأرى أنه يرثه إلاّ أن يشهد أحد بخلاف ذلك فينظر حينئذ في الشهادتين وما ذكرت من العدد الكثير فإذا كانوا جماعة الموضع ولم يشهد أحد بخلاف ذلك رأيت أن يرث.

وسئل أبو عمران الفاسي في رجل من أهل قفصة انقطع إلى سكنى سوسه

ثم أشيع في قفصة موته فبكاه أهله بقفصة واستفاض عندهم موته ولم تشهد بيّنة بموته ولا حكم به قاض، فهل يورث وتؤدى ديونه ويقسم ماله أم لا؟

فأجاب: الاستفاضة التي لا تُعلم حقيقتها لا يُحكم بها في تصحيح موت ولا يُقسم لها مال. وأجاب ابن عبد الرحمن: إذا لم يثبت موته لم يكن ذلك لهم. وأجاب أبو حفص العطار: لا يقسم ماله ولا يحدث في ماله أو مدبرته وزوجاته شيء حتى يثبت موته بعدول أو بحكم القاضي بموته.

وسئل السيوري عن مسافرين تأتي كتبهم إلى أهليهم فيخبرون فيها أنّ فلاناً مات، أو تأتي رفقة كثيرة أو صغيرة فيخبرون أن فلاناً حضرنا موته، أو يقولون مات في البلد ونقل إلينا، أو يذكر هذا الاثنان والثلاثة ونحوهما، هل تعتدّ امرأته ويقسم ماله بذلك أم لا؟

فأجاب: شهادة السماع ليست بشي وإنّما الجماعة التي قالت حضرنا موته. فقال ابن القاسم: عشرون يقبل قولهم. ثم ذكر ما تقدم لسحنون وابن أبي زيد والأصوليين في تحصيل العلم بخمسة فأكثر، فإن لم يحصل فلا يعمل عليه في باب العلم إلاّ أن الأغلب أن العدد الكثير يحصل بهم العلم. فإن وقع النكاح على غير هذا نقض ولحق الولد للشبهة. وإن وقع النكاح بعد العدة كما يخبر في نفس الأمر مضى ولم يرد.

وأجاب غيره: شهادة الاستفاضة في هذا لا يصح عند أهل النظر قبولها وإن وردت من قوم مفترقين وإنّما يراعى فيها وقوع العلم إذا نقلها من شاهد ما نقله وعلمه اضطراراً.

وسئل عبد الجليل الربعي فقيل له: إذا أخبرك أبو عمران الفاسي هذا خط فلان فهل نقطع بهذا الخط ونقول إنه خط فلان من غير إسناد إلى غير ما أخبرك الشيخ لثقتك بإخباره وصدقه.

فأجاب: إذا أخبرني الشيخ أنه شاهد صاحب الخط يكتبه فهو واحد عدل لا يوجب خبره العلم، ولوأخبرني عن رأيه فيه لدخلني الشك لتجويزي عليه.

[24 أ] **قلت**: تمييز الخط والشهادة عندي على الخط لا تجوز إلاّ على خطوط جليلة معروفة لا يُقدر على التزوير عليها.

قلت: هذا نحو قول سحنون: لو أخبرني عمر بن عبد العزيز برؤية الهلال ما صمت ولا أفطرت، يريد أنه خبر عدل خاصة ولا يحصّل الحكم وحْدَه.

وسئل السيوري: هل تجوز الشهادة على خط الميت وعلى الشاهد إذا لم يذكر المجلس؟

فأجاب: تجوز الشهادة على خط الشهود ولو عرف الشاهد خطه وما عندي من خلاف لأن الأزمنة حالت وحال الناس فكثر الضرب على الخطوط وقلّ تميزهم لها.

وسئل اللخمي عمن أعلمه بخط عدل أو فقيه واحد منهم هل هو من باب الخبر أو من باب الشهادة فلا يجوز أقل من اثنين وصاحب الخط حي أو ميت؟ وإذا تقررت معرفة الخط في نفسه فهل تصح له الشهادة عليها والقطع لها أم لا؟

فأجاب: إذا أراد أن يعمل بقول فقيه فإخبار واحد عدل به كاف من باب الخبر كما يخبر عن النبي ﷺ حياً كان أو ميتاً. وأما الشهادة ولو أخبرك بذلك أربعة من الشهود لأن بابها باب القطع بخلاف باب الإخبار. ولو تكرر عليه خطه حتى لا يشك فيه صح أن يشهد إنه خطه لأنه إذا تكرر وطال حصل العلم به. كما يُقطع بخطوط قوم ماتوا وما أدركناهم، وهذا عندنا في خطوط كثيرة كما يقال عندنا خط ابن عزعز وخط ابن قربة وغيرهما كثير قد اشتهر وحصل القطع به.

وأجاب السيوري عن هذا السؤال: إذا استقر في نفسه أنه خط فلان من كثرة الترداد وبعد أن كان أصله تحقق عنده فليشهد به.

قلت: أخبرني شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ أنه قال كنت عند الشيخ ابن عبد السلام فدخل عليه عدل من عدول تونس رفع له على خط فقال له: هل أدركت صاحبه؟ قال: لا، فلم يعمل برفعه. فلما خرج قال: يصح للإنسان أن يشهد على خط من لم يدركه سِنّه كما شهد على خط الشلوبين لكثرة تكرره بالإخبار وإنّما لم تجز شهادة هذا على الخط لأني توهمت أنه لا يميز الخطوط.

وهذا نحو ما ذكر هنا وزاد فيه أن تكون له قرينة تمييز وفطنة.

واختُلف في الرفع على خط الشاهد عند موته أو غيبته على قولين، منهم من يقول المشهور العمل، ومنهم من يقول المشهور عدم العمل به.

وفي أحكام ابن سهل عن ابن الطلاع قال: الأصل من قول مالك وأكثر أصحابه جواز الشهادة على الخط في الحقوق والطلاق والأحباس وما يتعلق بها. وقال ابن رشد: الذي جرى به العمل عند من أدركناه من الشيوخ برواية ابن حبيب عن الأخوين وأصبغ أنها لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا عتق ولا حدّ ولا في كشف قاض بالحكم ولا تجوز إلاّ في المال خاصة، ولا تجوز في ما لا تجوز فيه شهادة النساء أو الشاهد واليمين. ولم يزل ابن لبابة يمنعها جملة وتفصيلاً إلى أن توفي. وقال أول شيء من جهة الخط دخل قتل عثمان ـ رضي الله عنه ـ وبه قال مطرف وابن الماجشون أيضاً.

واختلف بعد القول بجوازها هل توقع على القطع أو على العلم وهو غلبة الظن؟ واختلف في الشهادة على خط المقر فقيل: تجوز ويقضى بها، والثاني لغوها ولا يؤدّى عليها ولا يُعمل بها. وقيل إن كانت في كاغد فلا يجوز أن يشهد وإن كانت في رق جاز أن يشهد [24 ب] معناه إن كانت الشهادة في البطن لا في الظهر لأنه أخفى منه في الكاغد.

والخامس إن كانت الشهادة والوثيقة بخطه عمل بها، وإن لم تكن إلاّ الشهادة فلا يعمل بها، وكذا رفع الشاهد شهادته منها إذا لم ينكرها يقول: هذه شهادتي بخط يدي ولا أذكرها، أو يقول أرى كتاباً يشبه كتابي وأظنه إياه فلستُ أذكر شهادتي ولا متى كتبتُها. وانظر في الشرح وأحكام ابن سهل وغيرهما.

ابن الحاج: جمع بعض قضاة إفريقية أو المهدية الفقهاء في الشهادة على الخط فقال إذا شهدوا على الخط وأن المشهود على خطه مات على العدالة فالشهادة جائزة، فقال: هذا نقصان في العقد أو في الشهادة حتى يقولوا إنه يوم وضعها كان عدلاً لأنه لو كان حياً وقت الأداء وقال وضعتها وأنا فاسق فلا أؤدّيها ونحو هذا فرجعوا إلى الصحيح من قوله وهذا لا يتبين لي.

ابن رشد: وكذا إذا كتب على نفسه فيكتب الوثيقة والشهادة أو يكتب الوثيقة فقط فيقول: لفلان عليّ كذا وكذا ولا يكتب شهادته.

وفي الطرر: إن كتب الوثيقة بخطه وشهادته فيها نفذت لأنه قليلاً ما يضرب على جميع ذلك، وأن لم يذكر شهادته فيها لم يقبل لأنه ربما كتب ثم لم يتم الأمر، وتقدمت إذا قال كان عندي وقِبَلي بخط يده هل يعمل به أم لا؟

من كلام ابن الحاج: وفيه إذا ما ثبتت البينة على خط من شهد فيها بطل الحبس، ولو كان خط من شهد في الحبس تلف وهو خط الشاهد في الحبس. ولا يصح أن يرد بعض الشهادة في الخط ويجوزّ بعضها فتبطل البينة في الحبس بسبب الخط ويمضي الحبس بسبب ذلك الخط فلا يشهد لهذا أصل. وهو من التحكيم غير المستند لرواية ولا قياس وثبت العمل بالخط في التحبيس وتقاس البقية فيه عليه، ولم يحفظ عنهم في البقية شيء ولو حفظ لرفع النظر والاجتهاد.

وفيه: إذا ثبتت العداوة بين المشهود عنده والمطلوب، وما ذكرت من حال الشهود على خطوط التحبيس وقلة معرفتهم بها وجهلهم بها ولم يكن عندهم مدفع بعد الإعذار، فالوجهان يوهمان القيام بعقد الحبس ويبطل الحبس به وعمله التحبيس إلاّ أن يثبت عقد التحبيس عند القاضي الأعلى بعدول يعرفون خطوط شهود عقد التحبيس، وأنهم كانوا على عدالة إلى موتهم وتعين بالحيازة عنده وتقييد ذلك كله مع تعيين المحبس عليه أيضاً. فإن لم يجد المطلوب مدفعاً وجب الحكم بالحبس للقائم. وما ذكرتَ من حيازة المطلوب بحضرة القائم فلا تأثير له إذ الأحباس لا تنقطع بحجج فيها.

وفيه: الشهادة على الخط في الأحباس ماضية به أفتى الشيوخ قديماً، ولا تتم الشهادة على الخط في ذلك إلاّ أن يشهدوا أنهم لم يزالوا يسمعون أن الذي شهد فيه حبس يحاز بها وتجاز به الأحباس. فإذا ثبت ذلك كان الحكم للحبس(1) وكانت الشهادة فيه أعمل وبطل التمييز في الدار والبيع في نصف

---

(1) جملة سقطت من أ.

الفدان والهبة في النصف الثاني مع الحيازة، ورجعت الزوجة بالكالي والمشتري لنصف الفدان بالثمن المدفوع. وإن لم يثبت ما وصفاه أو تبين التدليس في وثيقة الحبس تبيّناً يقطع بصحته بطل الحبس وثبتت الأملاك [25 أ] في يد المطلوبين بها.

ابن عات عن[1]... الخط عندنا شخص قائم ومثال ماثل تقع عليه العين ويميّزه العقل كما يمّيز سائر الأشخاص والصور، فالشهادة على الخط جائزة. وكذا حكى أبو إسحاق عن مالك وأصحابه أن الخط شخص تميّزه العقول، فكما يجوز في الأشخاص مع جواز الاستنباه فيها فكذا في الخط. وعن الأبهري: كما تجوز الشهادة على الصور وأن يشبه بعضها بعضاً إذ الاختلاف فيها أغلب.

قلت: هذا الكلام يدل على مسألة كان شيخنا الإمام ينقلها عن شيخه ابن عبد السلام وهو أنّ من شرْط الخط حضوره لقيام الشهادة على عينه كالشخص المجهول إذا شُهِد على عينه. فقول الشهود في وثائقهم: ووقف على رسم يقتضي الملك، لا يعوّل عليه لأنها كالشهادة على مجهول المقصود معرفة عينه. وكان غيرهما من الأشياخ لا يتفطن لهذا ويرى أنه محصل لترجيح الملك. وكذا التنبيه على أن فلاناً وصي ونحو ذلك، وإذا أريد إثبات ذلك من غير إشكال فيشهدون على القاضي بأنه ثبت عنده رسم كذا وأن فلاناً وصي ونحو ذلك فتكون شهادة على حكم القاضي، ومنه ما تقدم له من الشهادة على المطلوب بوصفه أنه عامل. ونصه من الاستغناء عن أيوب: إذا كتب الرجل ذكْرَ حق على من لا يعرفه الشهود فالأحسن أن يكتب نعْتَه وصفته ويشهد الشهود على الصفة حيّ أو مات أو غاب. قال: لقد قال بعضهم: يكتب اسمه وقريته وسكنه يجتزىء بذلك، قال: والأول أحسن لأنه قد يتسمَّى الرجل بغير اسمه وغير سكنه وموضعه، فإذا لم يعرفه الشهود بعينه دخله ما ذكرنا.

وعن ابن زرب: إنّما تتم الشهادة على الخط أن يشهد الشاهدان على

(1) بياض بمقدار كلمة بالأصول.

الخط أنه خطه وأنه أيضاً كان يعرف من أشهده بمعرفة العين. وإنّما أراد ابن زرب إذا لم يكن في الوثيقة التي فيها شهادة الشهود على خطه ممن يعرف المشهود عليه معرفة العين، فإن كان فيها ويعرفها بأعيانها فهي شهادة تامة لأنه على ذلك كتب شهادته، وهو خلاف ما في الكتب، يعني الوثيقة[1].

ابن الحاج خوطب ابن حمدين بكتْبٍ من عند ابن منظور في دين بشاهد ولم يقيّد ابن منظور[2] على الشاهد أنه لا يعلم الديْن تأدّى ولا سقط.

وسئل ابن حمدين الخطاب به إلى بلنسية، فأفتاه أصبغ وابن رشد[3]: لا ينبغي لك أن تخاطب بشيء ناقص ورد من قرطبة لإشبيلية.

وفي الطرر: إذا وقع في الوثيقة بتْر أو محْو أو ضرب[4] في غير مواضع العقد مثل عدد الدنانير أو أجلها أو تاريخ الوثيقة لم يضّر الوثيقة ولم يوهنها إذا لم يعتذر، وإن كان في تلك المواضع سُئلتْ البينة فإن حفظت الشيء بعينه الذي وقع فيه ذلك من غير أن يروا الوثيقة مضتْ وإن لم يحفظوه سقطت الوثيقة.

ابن حدير: في وثيقة وجد تاريخها مصلحاً ولم يعتذر منه، فقالوا أجمعين: نرى أن نستفيد البينة التي في الوثيقة فإن وافقت أن الاصلاح في الوثيقة حين عقد شهادتهم لم يضرها ذلك، وإن شكت فيه ولم تأت ببينة غير ما تشهد بذلك سقط التاريخ.

من الكافي: من شهد له شاهدان على خط غريمه بما ادّعاه عليه وهو جاحدٌ أنه لا يحكم عليه بمجرد الشهادة على خطه حتى يحلف معها، فإذا حلف أنه الحق وما اقتضيتُ منه شيئاً أعطي حقه، فإن كان طالب الحق ميتاً حلف ورثته على البتّ أيضاً[25 ب] إنه مُحِقٌّ وما علمناه اقتضى شيئاً. وهذا كله رواه ابن وهب عن مالك. ولو كان المشهود على خطه ميتاً لزم القضاء في ماله.

---

(1) قرابة الثلاث صفحات من المطبوع سقطت من نسخة ج.

(2) في جميع الأصول ورد العَلَم «ابن منصور»، والإصلاح من فتاوى ابن رشد 3:1587.

(3) في أ و ب: أ ص و ش، اختزالاً لاسميْ أصبغ وابن رشد.

(4) في جميع الأصول: بتْراً أو محواً أو ضرباً.

واختلف قول مالك في من شهد له شاهد واحد على الخط، فمرة قال: يحكم بشهادة شاهد مع يمينه، ومرة قال: لا يحكم له به، وهو الصواب.

وفيه: وإن قال: لفلان عندي وقِبَلي بخط يده قُضِيَ عليه لأنه خرج مخرج الإقرار بالحقوق، وإن قال كتب لفلان على فلان إلى آخر الوثيقة وشهادته فيها لم تجز إلاّ ببينة سواه لأنه أخرجها مخرج الوثائق وجرت مجرى الحقوق ولم تجز الشهادة بها على خطه.

ابن حدير: سئل ابن رشد عن الرجل يوجد الكَتْب بخطه فيه سب رجل وقذفه القذف الموجب للحد يشهد الشهود على خطه لا يشكون فيه ويعذر إليه فلا يجد مدفعاً إلاّ ما يوجبه الحق، فهل تجوز الشهادة والحمل بها عليه؟ ثم ذكر ما ذكر ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون بما تقدم عنهما. فإن كانت جائزة فهل يدخلها الخلاف الذي في الشهادة على خط المقرّ أم لا؟

فأجاب: أما الشهادة على خط القاذف بالقذف فلا أعلم في المذهب ما يخالف ما حكاه ابن حبيب، مضى بهذا العمل. وفي سماع أشهب من الشهادات في المرأة إذا كان لها من شهد على خط زوجها بطلاقها نفعها ذلك، معناه في ما حملناه عن الشيوخ أن ذلك يشهد كالشاهد يوجب اليمين عليه، وكذا ينبغي في مسألتك أن يحلف المشهود على خطه بالقذف، فإن حلف برىء وإن نكل حُبِس حتى يحلف، على ما في سماع ابن القاسم في الحدود. وإن طال حبسه ولم يحلف وهو من أهل السفه أدب وأطلق. وإن لم يكن من أهل السفه فأدبه بما سبق من سجنه، قاله أصبغ. وفي الشرح: الصواب من قوله نفعها ذلك الحكم عليه بالطلاق إذا كان شاهدان عدلان على خط المقر إذا كان الخط بإقراره على نفسه أنه طلق، وإن كان كناية إنّما هو بطلاقه إياها ابتدأ فلا يحكم به عليه إلاّ أن يقر أنه كتبه مجمعاً على الطلاق. وفي قبول قوله إنه كتب غير مجمع على الطلاق بعد أن أنكر كتبه خلاف.

ابن يونس عن أشهب في المجموعة: إن استحق القاضي إيقاع الشهادة بنفسه فذلك حسن وإن أوقعها كاتبه وكان مأموناً وهو نظر أجزاه، وإن أوقع

الناس شهادتهم بأنفسهم فذلك جائز. عن الأخوين: ذلك فعل الناس عندنا بالمهدية لأنه ربما خجله مجلس القاضي فلا يقوم بشهادته.

سحنون: ولا يقول القاضي للشاهد: أشهد بكذا، وهذا تلقين. وكان سحنون إذا خلط الشاهد في شهادته أعرض عنه وأمر الكاتب أن لا يكتب وربما قال تَثَبَّتْ ثم رده، فإذا ثبت على شهادته أمر كاتبه بكتب لفظ الشاهد لا يزيد على ذلك ولا يحسن الشهادة. وزاد غيره عن أشهب إلاّ أن يتهم القاضي أحداً من الشهود إن كان للتهمة أهلاً فلا يكون له إيقاع الشهادة ألاّ عنده ولا يقبلها منه مرفوعة في رقعة ويكتب لذلك عن تلك الشهادة ويختبره بكل ما ستطاع حتى يقع منه على حقيقة أمر أو يردها.

وسئل ابن رشد عن قاض زكّى شهوداً بعلمه ثم عزل وولى غيره هل يُجْتَزَأْ بتزكيته الأولى أو لا؟

فأجاب [26 أ] : إن أشهد القاضي بقبول شهادته وأثبت ذلك عند القاضي بعده حكم بها بعد الإعذار إليه بلا تزكية، ولا فرق بين تزكيتها عند الأول أو معرفته بعدالتها لصرف قبول الشهادة إليه لقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾(1).

وسئل عن بيّنة عند قاض وأشهد على نفسه بثبوتها ثم عزل وولي غيره هل يكررون شهادتهم عند الثاني أو لا؟ وهل إثبات العقد عند الأول يجري مجرى الحكم أو الشهادة على الشهادة فلا يشهد الفرع حتى يتعذر الأصل؟ وكيف إن توكل أحد شهود الأصل في حق المطلوب في الأصل الذي شهد فيه هل تصح شهادته أم لا؟

فأجاب: شهادة القاضي بثبوت العقد حكم بعدالة البينة عنده فلا يعيدون عند غيره لأنه إذ ذاك لا يحكم إلاّ بعد علمه بعدالتهم أو تزكيتهم فيجب الحكم بشهادتهم بعد الإعذار بغير تزكية.

---

(1) سورة البقرة، الآية: 282.

وسئل أيضاً عمن له حق ثبت بشاهدين عند قاض وأشهد القاضي ثبوت الحق عنده بعدلين ثم نقل الحكم لآخر هل تعيد بينة الأصل شهادتها عند الثاني أو بينة ثبوت الحكم؟ وإذا أعيدت بينة الأصل فهل يعذر إليه في بينة ثبوت الحكم أم لا؟ وإذا أعذر إليه وكانت مبرورة هل يمكن من القدح بغير العداوة أم لا؟ وهل يجرحهما من هو أقل منهما عدالة أم أعدل منهما؟

فأجاب: إن الوجه إعادة شهود الأصل شهادتهما عند المنقول إليه الحكم ببعثه إن كان في بلد أخر، ولا يمكّن الخصم من القدح في شهود الحكم بالإسفاه مع تبريزهما بل بالعداوة والهجرة، إذ قد يقع من البارز في الفضل والصلاح، هذا المختار مما قيل فيه. وتجريحه بالعداوة ممن هو فوقه أو مثله أو دونه.

قلت: ظاهر هذا الكلام أن قول القاضي ثبت ليس هو كإنفاذ حكمه حتى يصير محترماً. وهذه المسألة ذكر شيخنا الإمام أنها وقعت بين يدي ابن عبد السلام وحكم بأن ما ثبت من قول القاضي ليس بتنفيذ حكم. ونقله عن المازري كما قال هنا. قال: لا يكون قول القاضي «ثبت عندي كذا» حكماً بمقتضى ما ثبت عنده فإن ذلك أعم منه.

وإنّما أوجب هذا البيان أن بعض من ينتمي إلى علم الأصول من أهل القيروان غلط في ذلك فألف المازري جزءاً في الرد عليه جلب فيه نصوص المذهب والمسألة جلية، قال: قلت له قول المازري اختلف العلماء في اقتصار القاضي على تسميته بينة ثبتت عدالتها عنده هل ذلك بنقل شهادة عن شهادته، أو كالقضية المنفذة، فمن رآه كالقضية المنفذة تناقض في تفريقه بين أن يحكم القاضي أو يسمع بيّنة فيه ويحكم بثبوتها عنده لأن حكمه بثبوتها عنده يمنع القاضي الآخر من الاجتهاد في ثبوتها. وكذا من أجرى ذلك مجرى نقل الشهادة من الشهادة تناقض، لأن القاضي واحد، وإذا كان قوله ثبت عندي بشهادة فلان نقلاً فنقل واحد شهادة شهود لا يعوّل عليهم لكنهم جعلوا حرمة القضاء ومنصبه تصيير القاضي وإن كان واحداً كالاثنين نقلا لأن له تنفيذ ما شهد عنده فينفذ ما

قضاه إن كان واحداً. وكذا نقلوا من شهود شهدوا عنده على غائب ليس بقضية محضة ولا نقل محض بل هو[26 ب] ثبوت في الأمرين فينظر أوْلاهما به فينسب إليه. فقال لي: نقلت عن المازري أن قول القاضي ثبت عندي إنه كالقضية المنفّذة عند بعضهم بعيد. فإنه ألّف فيه جزءاً خطّأ فيه مَن قال بذلك فأوفقته على قول المازري فأخرج إليّ الجزء الذي ألّف المازري يقتضي ما ذكره الشيخ. والسؤال الواقع في هذا التأليف أن بعض القضاة أنفذ كتاباً لقاض ذكر فيه: وثبت لديّ أن فلاناً وفلاناً اشتريا من فلان في عقد واحدٍ كذا وكذا سهْماً بثمن سماه ثم ذكر بعد هذا وما يتعلق به فسألني الحامل لهذا الكتاب[1].... جميع ذلك للقاضي ليفعل فيه موجبه. فاتفق رأي الجماعة الذين استرشدوا فيه على أنه لا يوجب نقل ملك البائع فتتعلق به الأحكام السابقة كنقل الملك من الشفعة وغيرها. وعن تعلق الشفعة وقع الكلام ثم ذكر ما يتعلق بها من الاحتجاج، واستدل على ما ذكره بقول أشهب: إذا كتب قاض إلى قاض بأمر مختلف فيه والمكتوب إليه لا يرى ذلك الرأي فإن كتب إليه أنه حكم بما في كتابه وأنفذه جاز ذلك وأنفذه. هذا وإن لم يكن قطع فيه الحكم وإنّما كتب بما أثبت عنده الخصم فلا ينبغي له أن يعمل برأي الكاتب، ومثله لابن حبيب عن الأخوين.

وفي الموازية: يجب إنفاذ ما في كتب القاضي من الحكم، فعلى المكتوب إليه أن يتم الحكم ولا يستأنفه.

قال شيخنا الإمام: مسألة المنازعة بين المازري وغيره إذا كتب قاضٍ إلى قاضٍ بلفظ «ثبت كذا عندي» هل هو بمنزلة المقضي به عنده أم لا؟ والحق أنه مختلف فيه على قولين: الأول إنه ليس كالمقضي به وهو ظاهر قول ابن رشد في تعليله مسألة كتب قاض نصه، لأن كتب القاضي إلى القاضي في ما ثبت عنده على رجل في بلد المكتوب إليه ليس بحكم على غائب. والقول الثاني: إنه كالمقضي به وهو ظاهر فهم ابن رشد حيث قال: إن كتَب ثبوت شهادة البيّنة فقط لم يأمر بإعادة شهادتهم وإن كتب بتعديلهم أو بقبوله إياهم إلى آخر كلامه

(1) بياض بمقدار كلمتين في أ و ب.

المتقدم. ونص المازري في شرح التلقين على أنه مختلف فيه بين العلماء، ولم يصرّح فيه عن المذهب بشيء. ونقل الشيخ عن أشهب أنه ليس كالمقضي به.

الأمر الثاني إن مسمى اشترى هل يقتضي ثبوت ملك المشتري ما اشترى أم لا؟

المازري ومن وافقه: يقتضي أنه لا يقتضي ملكه وهو ظاهر المدونة عندي منها قوله في الزكاة: من اشترى بمال حل حوله ولم يزكه خادماً فمات فعليه الزكاة. وفي الجهاد: من اشترى من المغنم أم ولد أو ابتاعها من حربي فعلى سيدها أن يعطيه جميع ثمنها. وفي الشفعة: من ابتاع شقصاً بثمن إلى أجل فللشفيع أخذه بالثمن إلى ذلك الأجل.

قلت: في هذا الاستقراء نظر لأن هذه الأحكام مرتبة على صحة البيع قبلها فتأمله.

قال: وهذا يضعف إنحاء المازري على مخالفه وإنشاده بيت المتنبي:

وليس يصح في الأذهان شيء إذا احتاج النهار إلى دليل

ورأيت في نوازله أنه سئل عن الرجل يدفع إلى القاضي صحيفة وفيها ذكر ديْن على غائب فيثبتها عنده[27 ب] بشهادة عدلين معروفين بتقدم العدالة فيقول القاضي: أثبت عن أمري إثباتاً وقضيت بعدالة الشهود، ثم يوكل الرجل على طلب دينه هذا ويرجو أن المديان لا يستحلفه فهل يفتقر هذا العمل على هذه الصفة على بقاء الغائب على حجّته أم لا؟

فأجاب بقوله: إنّما جرى رسم الشرع في القضاء أن يسمع القاضي الدعوى ويسأل المدعى عليه هل يقّر أو ينكر؟ فإن أقرّ استغنى عن المحاجّة، وإن أنكر افتقر حينئذ إلى إقامة البينات وضرب الآجال فيها وفي المنافع واستماع الحجج من المدعي ومناقضة المدعى عليه لنفي حججه وهذا منذ أيام القضاء وإذا انقطعت الحجج حكم القاضي ثم لا يتمكن بعد هذا المحكوم عليه من استئناف محاجّته وإنّما ينظر في بينة أقامها بعد جهله بها، وفي اختلاف العلماء في ذلك، ولهذا لم يوقف الحاضر على حجة لأن حججه قد سمعت منه

واستوفاها فإذا كان غائباً وحكم عليه احتيج إلى وقفه على الحجج التي لو كان حاضراً لكان من حقه أن يقوم بها.

وقد منع أبو حنيفة القضاء على الغائب ورأى أن وقفه على حججه لا يؤمن من الغلط عليه في ما حكم به على ما أمليناه في كتابنا شرح التلقين وذكرنا أسرار العلماء في اختلافهم في القضاء على الغائب مبسوطاً في أوراق، وإذا لم يحصل إلاّ الإثبات خاصة فلا يفتقر ذكر ثبوت عدالة البينة إلى وقف على حجة، لأن من حكم للغائب إذا قدم عليه الحكم أن يستأنف الحجج ويبتدىء فيها فلم يفت ما يجب أن يتلافى بوقفه على حججه. ووقع لأشهب في المجموعة بيان هذا ثم ذكر ما تقدم له ثم قال: وهكذا قال سحنون، وهكذا في الواضحة لعبد الملك فقد فرّق هؤلاء الأئمة الأربعة المتقدمون بين ما ينفذ من الأحكام وبين ما اقتصر فيه على الإثبات.

وقد نزلت بالمهدية وفيها جماعة من مشائخ أهل الشورى مسألة من الشفعة في بعض وجوهها قبل هذا السؤال وأنفذه القاضي ابن شعبان ـ رحمه الله ـ فأفتيته أن الإثبات ليس كحكم نفذ. ثم استفتى من كان يفتي حينئذ فأفتوا كما أفتيتُ، وهذا منذ خمسين عاماً. وورد من القيروان جواب لمن كان يدّعي علم الأصول أشار فيه إلى المخالفة فألفتُ فيه إملاء طويلاً ترجمتُه «بتثقيف مقالة أولى الفتوى وتعنيف أهل الجهالة والدعوى» وأشرت بهذه الترجمة إلى وجوه خالف فيها مَن أشرنا إليه وأوضحنا فساد ما عوّل عليه وهو الآن موجود بالمهدية. ثم زادَ: وإذ قد بَانَ ووضح أن الوقف على حجة في ما حرر فيه الإثبات وكون القاضي إذا اقتصر على الإثبات كالناقل عن شهود ولكن نقله متعلق به ما لا يتعلق بنقل الشهود. فإن زيادة هذا الوقف على حجة في ما فيه الإثبات لا يفسده ولا يسقط الحكم بوجه لأنه كالإخبار عمّا توجبه الشريعة، وكون من أثبت عليه شهادة له أن يدافعها ويحتجّ بما يبطلها ولكن لا يلزم إثباته وقد جرى الرسم بإسقاطه.

ومن هذه المسألة وقعت عند شيخنا أبي العباس بن حيدرة رحمه الله.

وهو أن شهيدين شهدا في رسم ورفعا عند القاضي وأثبت الرسم بعدولٍ [27 ب] ثم خاطب عليه القاضي ثم رفعت يد الأصول بجرحة.

فأجابني - رحمه الله - بأنه لا يعمل بها وانظر لو كتب القاضي بأنه ثبت عنده الرسم وأشهد على نفسه أنه ثبت عنده وأنه حكم بإمضاء هذا الرسم وإعماله ثم عزل أحد شهود الأصل فهل هو حكم نفذ أم لا؟

ووقعت هذه المسألة في هذا الزمان وأخبرني مَن وقعتْ به أن القاضي أمضاها وهو الذي كان أثبته وحكم بإمضائه وهو الذي عزل الشاهد بجرحة، وهو الظاهر لأنه حكم بإنفاذه قاصداً لهذا الوجه. والمسألتان تجريان على تعليل مسألة المازري المتقدمة.

ابن المناصف: انفق أهل عصرنا في البلاد التي ينتهي لها أمرنا على قبول كتب القضاة في الأحكام والحقوق بمجرد معرفة خط القاضي دون إشهاد على ذلك وخاتم معروف ولا يستطيع أحد في ما أظن على صرفهم عنه مع أني لا أعلم خلافاً في مذهب مالك أن كتاب القاضي لا يجوز بمجرد معرفة خطه بل قولهم في القاضي يجد في ديوانه حكماً بخطه وهو لا يذكر أنه حكم به، أنه لا يجوز له إنفاذه إلاّ إن شهد عنده بذلك الحكم شاهدان. وكذا إن وجَدَه من ولي بعده وثبت أنه خط الأول فإنه لا يعمل به ولا يتخرج القول بعمله مما تيقّنَه من خطه دون ذكر حكمه بها من الخلاف في الشاهد يتيقّن خطه بالشهادة الحق ولا يذكر موطنها لعذر الشاهد ما علمه هو مقدور كسبه، والقاضي كان قادراً على إشهاده عى خطه. ثم وجه عمل الناس بأن الظن الحاصل بأنه كتاب القاضي الباعث به حصوله بالشهادة على خطه منضماً للمشهور وهو القول بجواز الشهادة على خط الغير حسب ما تقرر في المذهب، فوجب كون هذا الظن للناسي عن ثبوته ببينة على أنه كتابه لضرورة دفع مشقة مجيء البينة مع الكتاب مع انتشار الخطة وبُعْد المسافة. فإن قيل تُدفع المشقة بإشهاد القاضي على كتابه ببينة تشهد على خطها في البلد المكتوب إليه كما يفعله كثير من أهل الزمان لنكتة تُذْكر بعد. فجوابه بثبوته بالشهادة على خط القاضي، أقوى من ثبوته بالشهادة على

خط البيّنة بشهادتها على القاضي، لأن ثبوته بالشهادة على خط القاضي مثاله توقفه على مجرد الشهادة على الخط فقط وثبوته بالشهادة على خط البينة مثاله توقف الشهادة على الخط مع شهادة البينة على القاضي وما توقف على أمر واحد أقوى مما يتوقف عليه مع غيره لتطرق احتمال وهو في ذلك الغير لفسق البينة ونحو ذلك. قال: فإذا ثبت العمل به وثبت خط القاضي ببينة عادلة عارفة بالخطوط وجب العمل به، وإن لم تقم بيّنة بذلك والقاضي المكتوب إليه يعرف خط الكاتب فجائز عندي قبوله بمعرفة خطه. وقبول سحنون كتب أمنائه بلا بيّنة يدل على ذلك وليس من باب قضاء القاضي بعلمه الذي لا يجوز له القضاء به لأن ورود الكتب كقيام بينة عنده بذلك. ويحتمل أن يقال لا بدّ من الشهادة عنده على خطه. وفي كتاب ابن سهل ما يدل على ذلك في مسألة قاضي غافق خاطب قاضي قرطبة محمد بن الليث، انظره.

[28 أ] **قلت**: وإلاّ إنّما اجتزأ بذلك لأن الخط بالمغرب على كيفية خاصة غالباً فهو كجعل الخواتم في الكتب في من يجيز كتب القاضي بالخواتم يجيزه بهذا الخط الخاص، والله أعلم.

وما اختاره ابن رشد من تجريح الجاني في الفضل بالعداوة والهجرة دون الإسفاه فهو قول أصبغ، وعن مطرف: يجرح الشاهدَ من فوقه ودونه ومثله بالإسفاه وغيره إذا كان المجرّح عدلاً عارفاً بوجه التجريح. وعن ابن الماجشون: يجرحه من فوقه ومثله بكل شيء، ومن دونه بما سوى الإسفاه. وعن سحنون: يمكن الخصم من تجريح الثاني في الفضل مطلقاً.

وسئل ابن رشد عما يفتي به من الإعذار للغائب؟ وما يقطع فيه أو يجب من قدر المسافة مع أمن الطريق وقلة الفتن؟ وهل يلزم ذلك لمن خلف البحر لا سيما في زمن منع ركوبه وغيره في فصول السنة؟

فأجاب: حدّ الغيبة القريبة التي لا يُحكم على الغائب فيها إلاّ بعد الإعذار بالكتب بالقدوم أو بالتوكيل وإن لم يفعل حكم عليه بغير إرجاء حجة الثلاثة الأيام ونحوها والغيبة البعيدة التي يحكم على الغائب فيها في ما سوى الأصول

على مذهب مالك ولا يعذر إليه وترجى حجته العشرة الأيام ونحوها.

وعن ابن الماجشون وسحنون: يحكم على الغائب في هذه في كل شيء من أصول وغيرها ولا ترجى حجته إلاّ أن ينكشف كون الشهود عبيداً أو غير مسلمين أو مولّى عليهم، فعلى هذا لا تُرجى له حجة ويوكل له من يعذر بحجته ويحتج. وعلى قول ابن القاسم ترجى حجته ولا يوكل له وكيل وهو الصواب. وقد لا يعرف الوكيل حجته فهو أحوط وهذا الحد مع الأمن وسلوك الطريق، ومع عدم الأمن وقلة الطريق فيحكم على الغائب مع قرب المسافة وترجى حجته ومن خلف البحر في الجواز القريب المأمون كذلك كالبر إلاّ في أمد امتناع ركوبه فيكون القريب كالبعيد. هذا الذي أقوله وأراه على منهاج مذهب مالك.

وسئل عمن قام على غائب بحق وله وكيل يخاصم عنه فادعى الوكيل أنه عند المطلوب ما يدفعه هل يؤجل الغائب على قدر بُعْد قُطْره أم تطلق يد المطالب على ريع الغائب ينتصف منه إن كان من ثبَتَ عليه الحق قريب الغيبة كالثلاثة أيام ونحوها فأقل كتب إليه وأجل على قدر بُعْد ذلك، ولو بعُدتْ غيبته فلا يكتب له ولا يتلوّم. ويُعْدَى على مال الغائب في ما ثبت له من مال حاضر بعد حلفه في مقطع الحق لأن دينه ثابت عليه لم يقبضه ولا وهبه ولا أحال به ولا سقط عنه بوجه، ويكون على حجته.

زاد في الرواية: في البُعْد هو كالعدوة من الأندلس ومكة من إفريقية والمدينة من الأندلس وخراسان يحكم عليه في كل شيء من حيوان وعروض وديْن والرباع والأصول.

وحكى المازري في الحكم على الغائب في العقار قولين، قال: والحكم في الغيبة راجع إلى الاجتهاد. ووقع لسحنون الإعذار لمن بصقلية. زاد في النوادر لمن بالقيروان. وحكى ابن حارث من رواية ابن القاسم أنه لا يحكم عليه في العقار، وعن ابن الماجشون إنكار هذه الرواية.

وسأله عياض [28 ب] عن مسألة ومضمنها: يقع في البال سؤالات ومباحث إن استقصيت خولف ما جرى عليه رسم الفتيا وإن تغوفل عنها بقيت

حزّة في النفس، منها ما جرى به العمل أنّ من أثبت حقاً على غائب أو لمحجور أو ميت أو شبهه وجب عليه يمين الاستبراء المعلومة، وهي موضوعة على تقدير دعاوى المطلوب وإقامة حججه. فإذا حكم بدين القائم فقد يكون بين يوم الحكم وبين القبض مدة طويلة من جمع المال وبيع العقار وغير ذلك. وتقرير الدعاوى المقررة متمكنة من الحوالة والبعث والإسقاط بحيث لو حضر المطلوب وادعاها لتوجهت اليمين فإن اتبعنا القياس فلا فرق ووجب تجديد اليمين والناس على خلافه. وكيف إن كان الدين نحو ما خلفه عند قيامه بالنجم الأول يمين الاستبراء، هل يلزمه تجديد اليمين لكل نجم لأنه حلف أولاً لما اقتضى أو تجزيه اليمين الأولى للنجوم كلها، كقولهم في من حلف مع شاهده في حق ثم ظهر له أن في شهادة ذلك الشاهد حقاً آخر، أن اليمين الأولى مجزية.

فأجاب بعد أن مدحه على تدقيقه وطلبه للحقائق: أن ما عليه الناس من عدم التجديد هو الصواب، إذ الاحتمال قائم دائماً ولو مشى من السوق إلى الدار أو عكسه إلى ما لا نهاية له، فلو روعي هذا لشقّ، ولا خفاء في بطلانه واليمين الذي استحلفه بها لا نص على وجوبها لعدم تحقيق الدعوى لكن رآها العلماء استحساناً نظراً للغائب وحياطة عليه وحفظاً على ماله للشك في بقاء الدين عليه. وإذا حلف مرة وتأخر القضاء لم يحلف ثانية بالتوهم المحتمل ولا يشبه حضور صاحبه ودعواه عليه فاليمين واجبة بنص قوله عليه الصلاة والسلام«البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» ولو تأخر الدفع حتى قدم الغائب وأقام مدة لوجب أن لا يقضى حقه حتى يحلف ثانية لحصول الشكّ هناك أول مرة.

وكذا الديْن المنجم لا تتكرر اليمين فيه إلاّ أن يقدم الغائب في خلالها وتبعد النجوم بحيث إمكان قدوم الغائب فاقتضاه أو وكّل من اقتضاه. وأما لو حلف مع شاهده في حق طرأ في شهادته حق آخر فلا يحلف ثانية كما ذكرت ولا خلاف فيه.

قال شيخنا: الإعذار سؤال الحاكم من توجه عليه موجب حكم هل له ما

يسقطه، قال غير واحد واللفظ لابن فتوح: لا ينبغي للقاضي تنفيذ حكم على أحد حتى يعذر إليه، ظاهره ولو شهد عليه بمحضر الحاكم. وتقدم الكلام فيه وفي الوجهين من جهة القاضي وفي الإعذار في القاضي إذا عزل.

من كلام ابن الحاج وغيره قال شيخنا: ورأيت بخط أبي القاسم ابن البراء قال: وجدت بخط ابن زيدان أن أهل الجزيرة الخضراء شكوا سوء حال قاضيهم ابن عبد الخالق لأمير المؤمنين علي بن يوسف بن تاشفين فردّ أمره لقاضي الجماعة ابن منصور فقال: سألت عنه سراً فصحّ عندي أنه لا يصلح للقضاء، فقال له المعزول: عرِّفْني بمن صح عندك لعله عدو لي فأبى تعريفه فأفتى فقهاء قرطبة بلزوم تعريفه بمن أثبَتَ جرحته، وأفتى ابن رشد بأنه لا يلزم تعريفه بمن أثبت تجريجه واحتج بأنه ليس من باب الأحكام التي يعزل فيها بالتجريح والتعديل بل يكفي في العزل الشكوى كفعل عمر في سعد. قال: ولهذا المعزول أن يزكي نفسه لتقبل شهادته ولا يكون عزله [29 أ] جرحة إذ القضاء حق للمسلمين ولذا لا يمكن من الإعذار. وذكر هذا للقاضي ابن حمدين قال: لا يصح الاحتجاج بقضية سعد لأن ذلك إنّما هو للأمير العام نظره في ذلك وغيره، ودليله أن من عزل منهم قوسم بعضهم في ما بأيديهم والقاضي ليس له ذلك ومال إلى الإعذار للقاضي.

ومن هذا الإعذار في قضية الزنديق المذكور في آخر ابن سهل وقد شهد عليه خلق كثير بشهادات متعددة وأنواع من الزندقة الواضحة ثبتت عدالة نحو عشرين منهم أو أكثر، فأفتى منذر بن سعيد وجماعة بقتله دون إعذار، وأشار بعض من حضر بالإعذار إليه فخرج التوقيع بعدم الإعذار.

قلت: وهو يتخرّج على ما إذا شهد الجمع الكثير هل حكمهم حكم الشهود فيفتقر إلى الإعذار في من شهد منهم أو مخرج التواتر الذي حصل به العلم فلا إعذار يخرجه البتة؟ وإلى هذا مال جماعة من القرويين والأندلسيين كابن رشد وابن عتاب ومن تقدم من القرويين واحتجوا بمسألة كتاب الولاء وقد تقدمت في الصوم.

وحكى ابن حدير في مسألة طوّل فيها من ابتياع وخصومة فيها فذكر فيها أن حكماً وقع بغير إعذار فاختلف فيه فذهب منذر بن إسحاق إلى أن الحكم بغير إعذار غير صواب ولا هو من وجه الحق، لأنه من قبيل من لا يجب قبوله وليس نظره بحجة. قال: وفيه ضعف، قد قال مطرف وابن الماجشون: إذا لم يكتب الإعذار في كتاب الحكم وزعم المحكوم عليه بعد موت الحاكم أو عزله أنه لم يمكّنْه من جرحة الشاهد فلا يسمع منه والحكم ماضٍ عليه. وقال غيرهما: إن دعا إلى الإعذار فإنه يعذر إليه وذلك من حقه، فإن أتى بمدفع نُظِر له وإن لم يأت بمدفع مضى الحكم بالإعذار إليه ولا يستأنف النظر في ما تقدم من الحكم لغفلة من غفل عن تتبع حقه.

وذكر في هذا الرسم بيع ما فيه خصومة، ففي المدونة في من ادعى داراً بيد رجل ليس له بيعها لأن فيه غرراً، وذكر بقية مسألة المدونة. وفي تبصرة ابن محرز: إنّما يجيز له ابن القاسم البيع إذا لم تكن الخصومة قائمة بثبات البينة أو شهدت شهادة لم تؤثر شيئاً فبقي على مجرد الدعوى، والدعوى بمجردها غير مانعة لأصحاب الأملاك في التصرف في أملاكهم كيف شاؤوا ولا يكون نظراً في البيع إن باعوا. ولو كانت شبهة الخصوم قوية وخصومته قائمة ببينة أقامها لكان البيع فاسداً لأنه غرر. قال: وهذا مما لا يُختلف فيه.

وفي الواضحة عن الأخوين وأصبغ: من باع داره وقد أحدث جاره مطلعاً عليه أو مجرى أو غيره إن كان البائع لم يقم في ذلك حتى باعها فلا قيام للمشتري، ولو كان قد قام فخاصم فلم يتم له الحكم حتى باع فللمشتري أن يقوم ويحل محله.

قلت: وحكى في الطرر قولين: هل للمشتري القيام بحق المشترى له ويثبت للثاني ما كان للأول أو ليس له ذلك؟ حكاه ابن سهل عن ابن عتاب واحتج لمسألة كتاب النكاح: من باع عبداً بعد أن تزوج فليس للبائع فسخ نكاحه وللمشتري رده فيخيّر البائع حينئذ، وقيل الخيار للمشتري في إثبات نكاحه أو رده وهو يجري على ما تقدم هنا. واختلف بعد القول إنه لا حقّ له إذا اشترط

المشتري القيام به[29 ب] وأنه يصير له ما كان للبائع، فقيل البيع فاسد وقيل لا. وهو يجري على الخلاف في شراء ما فيه خصومة.

الشعبي: إذا انصرمت آجاله المضروبة له ولم يأت بشيء وأراد التسجيل عليه فأظهر وثيقة أراد إثباتها أو بينة كذلك فقال ابن رشد: يضرب له بعد ذلك أجلاً قاطعاً فإن ثبت ذلك وإلاّ سجلت عليه. ابن حارث: الصواب التسجيل عليه ويعد بالإشهاد عليه ليوم بعينه لأنه أبلغ في الإعذار، فإن أثبت شيئاً وإلاّ أشهد عليه وقطعت حجته. وقال ابن عبد ربه: لا يُعذر في إقامة البينة بعد انصرام الآجال ويمضي التسجيل عليه.

وفي الحاوي: سئل عنها ابن مضاء فقيل له: مَنْ قِيمَ عليه في ذلك واستحقت وادعى مدفعاً فضرب القاضي آجالاً وتلوُّماتٍ فانقضت ولم يأت بشيء وبعد ذلك أتى بعقد غير ثابت هل يضرب له أجل في إثباته أو يعجزه؟

فأجاب: بأن الأمر مصروف إلى اجتهاد القاضي فإن رأى أنه له فيه منفعة إذا أجّله تلوّم له بقدر ما يرى وإن رأى عدم ثبوته أو أنه لا منفعة له فيه أو يريد لدداً أو تشغيباً عجّزه وقطع حجته. وأجاب أبو الأصبغ بن إدريس: إذا ثبت الحق بموجبه ولم يأت المقدم عليه بشيء يوجب له حقاً فحق على الحاكم تعجيزه والحكم عليه بردّ الدار المذكورة. وأجاب محمد بن سليمان: إذا انقضت الآجال كلها كما ذكر واستظهر المطلوب بالعقد فإن ادعى بينة بعيدة فرواية أشهب عن مالك في مثل هذه النازلة بعينها أن الرجل المصدق المأمون غير المتهم بدعوى الباطل يزاد له في الأجل ويستأنَى، وأما الملدّ المضرّ بخصمه فلا أرى تمكينه من ذلك إلاّ أن يذكر أمراً قريباً فيُختبر قوله بالثلاثة الأيام ونحوها. وبه أقول في هذه النازلة.

سئل هؤلاء عن هذه المسألة فأجاب بعضهم بنحو الجواب الأول إلاّ أنه ذكر في السؤال أنه أجل المطلوب في الإعذار ثلاثين يوماً جمعت فيها الآجال والمتلوّمات. انتهى جوابه.

وسئل ابن رشد عمن قِيمَ عليه في أملاك واستحقتْ بعقود فأعذر إليه

فضرب له الآجال ووسع عليه ثم تلوم له تلوّماً قاطعاً لعذره فأظهر عقد ابتياع أبيه من الطالب بشهادة عدول بَيَاسَة[1] وليس فيها حاكم ترفع عنده الشهادات ويخاطبه وقد انصرمت الآجال وطال الأمر.

فأجاب: بأنه إذا قيم بعقد بَيَاسَة ولم يكن بها ولا بقربها حاكم يرفع عنده فالواجب التلوم له وتوسيع الأجل، فإن طال الأمر ولم يقدم في تلك الجهة قاض فيكتب القاضي إلى رجل يرضاه في تلك الجهة فيرفع عنده على العقد ويخاطبه بذلك فإذا ورد جوابه بشهادة الشهود عنده وقبوله لهم ثبت العقد عنده وقضى به.

وفي سماع أشهب وابن نافع الذي أشار إليه ابن سليمان هو من أقام بينة على ملكه منزلاً بيد رجل فسئل من بيده المنزل عن حجته فيذكر حجة لو قامت بها بينة كان أولى بالمنزل ممن يدعيه وسأل ضرب الآجال لإتيانه بالبينة على ذلك فأجل الأجل الواسع الشهر والثلاثة[30 أ] فيمضي الأجل ولم يحضر ويذكر غيْبة شهوده وتفرقهم، أيضرب له أجل آخر أو يقضى عليه؟

فقال: أما الرجل المأمون الذي لا يتهم على المدعى بباطل ولا يتمرّد له فيزيده في الأجل. وأمّا الملد الذي يرى أنه يريد الإضرار بخصمه فلا يمكّن من ذلك إلاّ أن يذكر أمراً تقارب شأنه ثم يختبر كونه في مثل ذلك.

ابن رشد: ضرب الآجال للمحكوم عليه في ما يدعيه من بيّنة مصروف لاجتهاد الحاكم بحسب ما يظهر له من حال المضروب له الأجل والأصل فيه قول عمر في كتابه لأبي موسى الأشعري: اجْعَلْ لمن ادّعى حقاً غائباً أو بيّنة أمداً ينتهي إليه، فإن أحضر بيّنة أخذتَ له بحقه وإلاّ استحللت عليه القضية. والذي مضى عليه عمل الحكام في التأجيل في الأصول ثلاثون يوماً يضرب له عشرة أيام، ثم عشرة أيام، ثم يتلوّم له بعشرة أو ثمانية، ثم ثمانية ثم ثمانية ثم يتلوم له بستة أو خمسة عشر يوماً ثم ثمانية، ثم أربعة ثم يتلوم له تتمة ثلاثين يوماً، أو يضرب له أجلاً قاطعاً ثلاثين يوماً يدخل فيه التلوم والآجال. كل ذلك مضى من

---

(1) مدينة أندلسية تقع في الشمال الشرقي من مدينة جيان.

فعل القضاة، وهذا مع حضور بينة في البلد. فإن كانت غائبة عن البلد فأكثر من ذلك على ما تضمنه هذا السماع من اجتهاد الحاكم. ابن فتوح: وبتفريق الآجال مضى العمل وعليه بينة السجلات. وليس يضرب لمن ذهب إلى استدفاع يمين واجبة عليه بمثل الآجال المذكورة وإنّما يدخل في ذلك[1] إذا زعم أن عنده ما يدفع عنه اليمين الأجل القريب ثلاثة أيام ونحوها، لأن قوله هنا محمول على اللدد.

والآجال في الديون والحقوق دونها في الخصام في العقار والأصول. وتختلف الآجال في الأصول باختلاف أحوال المضروب لهم. وكان شيخنا ابن حيدرة ـ رحمه الله ـ يضرب في بيع الربع ثمانين يوماً. وانظر لو غفل عنه عند الأجل الأول حتى مضت الآجال كلها فأظن أني رأيتُ لبعض الموثقين أنه يجتزىء بذلك، وهو عندي مجزىء على قاعدة من فعل فعلاً لو رفع إلى القاضي لم يفعل غيره، هل يكون بمنزلة ما لوْ رفع أولاً؟

ومنه مسألة: إذا هرب المكتري في كراء مكة أو غيره أنه يرفع إلى الإمام يكري الإبل في مثل ما أكرى إلى آخر المسألة.

ابن عات عن الاستغناء: في الرجل يموت ويترك زوجة وبنين صغاراً فأخذت كاليها من التركة من غير بيّنة تقيمها عند حاكم ثم ظهر على ذلك وللمرأة بينة على حقها أنه يؤخذ عليها حميل بما أخذت، فإن ثبت لها ذلك حلفت عليه في الجامع بما يجب ويترك لها لأنها أخذته بحق وإن لم تثبته ردّته، قاله بعض الموثّقين. وعن غيره يؤخذ منها فإن أثبتت وحلفت عليه رُدّ إليها وإلاّ قُسِم على الورثة، والأول أولى. ولو كانت وصية وباعت فيه عقاراً للميت فُسخ بيعها فإن أثبتته وحلفت قضى لها به.

اللخمي في كتاب التخيير: من أثبتَ ديناً على غائب وباع فيه داره ثم قدم الغائب وأثبت أنه قضاه دينه بعد البيع إذا فات لأنه لم ينفذ إلاّ على الذمة. ابن عات: [30 أ] وهو مخالف لما حكاه أبو الوليد أنه يجوز بيع الرهن دون الحكم

(1) جملتان سقطتا من ج.

سواء كان في وثيقة الدين تصديق المرتهن في الاقتضاء أم لا. فإن ادعى بعد ذلك أنه دفع الدين فإن لم يشترط التصديق في الاقتضاء وأقام البينة على الدفع انتفض البيع، وإن لم تقم بينة حلف المرتهن ونفذ البيع، وإن نكل حلف الراهن لقد أوفاه وسقط الدين ونفذ البيع، ذكره ابن فتحون.

قلت: لعل مسألة اللخمي باع بحكم حاكم فنفذ، مسألة ابن فتحون لم تكن بحكم.

وفي المدونة في مسألة المفقود ومن علمت بالطلاق ولم تعلم بالرجعة والنصرانية إذا أسلم زوجها في عدتها في الغيبة إلى أخوات ذلك وأنه إذا وقع أو فات مضى. وفي الاستحقاق: مسألة من رمي في المعركة واعتقد أنه ميت، فانظرها في المدونة.

وفيه: إذا ضاق ما بيد الغريم من مبلغ الدين الثابت يجب أن يذكر في التسجيل الإعذار إلى كل واحد من الغرماء في ما ثبت لصاحبه فإن سلموا كانت يمين القضاء المذكورة هنا استبراء لحق من عسى أن يثبت له حق لاتصافه بالديون. وإن وقع بعضهم في حق بعض ذكر ذلك في التسجيل وأنهم عجزوا في الدفع ثم كانت يمين القضاء لما تقدم ولجميعهم ما لهم في ذلك من حق.

وفيه: إن طلب من وجبت عليه يمين أن يؤخر يومين وثلاثة لينظر في محاسبتها فله ذلك ولا يُزاد عليها.

وعن ابن عبد الحكم: إذا قال من وجبت عليه يمين اضرب لي أجلاً حتى أنظر في يميني أو حسابي وأثبت فعل ذلك به بقدر ما يرى. وقال غيره: ليس له ذلك إلاّ برضى الطالب وإذنه لأن على القاضي إنفاذ الحق على الخصوم إذا وجد إلى ذلك سبيلاً.

ابن الحاج: في تعجيز الطالب والحكم عليه لا ينظر له في ما أتى به ثلاثة أقوال: ففي أقضية المدونة وسرقتها لا يعجز وهو قول جماعة من أصحاب مالك. وحكى ابن حبيب عن ابن القاسم وغيره أنه يعجز وبه جرى الحكم بعد ضرب الآجال والتلوم. ولابن الماجشون في ذلك تنويع وهو الثالث.

قلت: هو الفرق بين أن يعجزه أول قيامه قبل أن يجب على المطلوب عمل وبعده أنه يعجزه بعد أن وجب على المطلوب عمل ثم رجع على الطالب. وهذا الاختلاف إنّما هو إن عجزه القاضي بإقراره بالعجز ولو عجزه بعد التلوم والإعذار وهو يدعي أن له حجة لم يقبل منه ما أتى به من حجة بعد ذلك، لأن ذلك قد وَردَ من قوله قبل نفوذ الحكم عليه.

وفي سماع يحيى من كتاب الشهادات: إذا قضى القاضي لرجل وسجل له وأشهد له عليه ثم أقام المحكوم عليه بيّنة بتجريح من حكم به قبِل منه إن رأى له وجهاً كقوله جهلتُ سوء حالهم حتى ظهر لي أنه غير ملد، ومن ولي القاضي في ذلك مثله إن كان ادعاه عند الأول. فإن كان لم يقم عند الأول، ابن رشد: تمكينه من التجريح بعد التسجيل إن كان له وجه كقولها: وسكت عن الجواب إن قام به عند من ولي بعد الأول. وفيه[31 أ] ثالثها تمكينه منه القاضي المسجل إلاّ مَن ولي بعده، وهذا في المطلوب وفي الطالب. رابعها قول ابن الماجشون ثم ذكر ما تقدم إلى آخره.

وفي سماع أصبغ: من ادعى نكاح امرأة أنكرتْه ببينة بعيدة لم تنتظر والقريبة تنتظر ما لم يضرّ بها ويرى الإمام له وجهاً، فإن عجز ثم أتى ببينة لم تقبل نكحت أم لا، ابن رشد: هذا خلاف ظاهر سماعه من كتاب الصدقات والمدونة إذ لم يفرق فيها بين تعجيز الطالب أو المطلوب ثم ذكر ما مر.

وسئل عمن قام على غائب بحق وله وكيل يخاصم عنه فادعى الوكيل أن عند المطلوب ما يبرئه هل يؤجل الغائب على قدر بعد قطره أو يطلق به الطالب على ربع الغائب ينتصف منه؟

فأجاب: إن كان من ثبت عليه الحق قريب الغيبة كالثلاثة الأيام أو نحوها فأقل كتب إليه أو أجلّ على قدر بعد ذلك، ولو بعدت غيبته فلا يكتب له ولا يتلوّم ويُعْدى على مال الغائب في ما ثبت له من مال حاضر بعد حلفه في مقطع الحق أنّ دينه ثابت عليه لم يقبضه ولا وهَبَه، ولا أحال به ولا سقط عنه بوجه ويكون على حجته.

وسأله عياض عمن توفي وترك ورثة كباراً وصغيرة وثبتت عليه ديون من جملتها صداق زوجة وثبت له ملك بشاهد واحد فحلف الغرماء معه والزوجة منهم وقبضوا مالهم وبقيت بقية أرادت المرأة ميراثها منها وبقي نصيب الصغيرة حتى تتم الشهادة فماتت قبل ذلك فقامت المرأة تطلب ميراثها من هذا الملك ولا تحلف لأنها حلفت أولاً فهل يجب عليها يمين أو لا؟

وظهر لي أن في هذا الأصل قولين في مسألة الغرماء إذا قام لهم حق بشاهد فحلف بعضهم ونكل آخرون، هل له حصته فقط أو يرجع في حصته من لم يحلف؟ على ما في الواضحة وغيرها، ويقوى عندي اليمين، لأن اليمين مع الشاهد ليس بثبات حق وإنّما هو إيجاب حكم بالمال المحلوف عليه، ومن هذا شهادة السماع في وراثة ابنتها لا يتكرر إذ لا يمكنها تبعيض اليمين فتحلف على حصتها مع الشاهد لأنه تكذيب للشاهد في شهادته، بل تحلف على الجميع وتستحق نصيبها.

وهذا ما لا يسوغ عندي فيه خلاف لأنها حلفت على الجميع فمتى رجع إليها شيء منه فقد كانت حلفت عليه. هذا الآتي على منهاج مالك وأصحابه.

ومنها إذا ادّعى الراهن أن الرهن في خمسة وادّعى المرتهن أنه في خمسة عشر وقيمته عشرة حلف عل الخمسة عشر وأخذ العشرة لأنه في الخمسة مدّع ويحلف الراهن على إسقاطها، فإن نكل أخذها المرتهن بيمينه الأولى. وكذا المرأة تأخذ ما ورثته عن ابنتها بيمينها الأولى إذ حلفت على الجميع.

ومنها: إذا ادعى البائع أنه باع السلعة بمائة وادعى المبتاع ثمانين حلف البائع لقد باعها بمائة ولا يستحق العشرين لأنه فيها مدع، ويحلف المبتاع على إسقاطها، فإن نكل أخذها البائع بيمينه الأولى ولا يوجد في مسألة الحلف مرتين على شيء واحد[31 ب] ولا يقوم الخلاف في مسألة المرأة مما ذكرت من مسألة إذ لم يقل فيها أن الغريم يستحق نصيب الناكل بيمين أخرى بل باليمين الأولى، وعلى القول إنهم يستحقون أنصباءهم فقط ليس لأجل أنهم إنّما حلفوا عليها فقط بل على الجميع ولو كان ذلك لقال يحلفون ثانية على أنصبائهم وهو باطل

وإنّما قال يرجع إلى الغريم على هذا القول من أجل أن الورثة لما نكلوا صار الغرماء بمنزلتهم فمن حلف منهم استحق نصيبه، ومن نكل بقي نصيبه بيد الغريم لأنه حلف على تكذيب الشاهد. وهو نحو ما روي عن مالك في الحبس المعقب يشهد به واحد بحلف الجل والواحد منهم على اختلاف الرواية فيه فيستحق الحبس هو وجميع أهله ومن يأتي على قياس هذا القول في مسألتنا أن البنت تستحق نصيبها وإن نكلت بعد البلوغ عن اليمين تحلف أمها مع الشاهد لثبوت حقها بيمين الأم. وهذا يبنى على أن الخلاف في الأم، إذ من أهل الأمر من يرى أخذه بغير يمين.

قلت: حكى عبد الحق قولين في مسألة الرهن هل يحلف على قدر الرهن خاصة لأنه كشاهد وهو الذي اختار أو يحلف على جميع المدعى ويأخذ ما يقابل الرهن؟ فعلى الأول يحلف ثانية في المستحق إلاّ أن يقول هو في مسألة الرهن حلف على قدر ما شهد به الشاهد وهو الرهن وهنا الشاهد واحد لا يتبعض فلا بد من حلفه على الجميع من باب ما شهد به شاهده وهو في أقل من ذلك خالف شاهده في العدد فكأنه خالفه في الجميع كما قال ابن رشد ويكون هذا فارقاً فلا يقاس على مسألة الرهن.

وعلى هذا تجري مسألة ذكرها الشعبي وهي من ادعى مائة على رجل وتقوم له بينة بمائة وعشرين فيقوم بها ويرجع عن دعواه الأولى بعد ثبوتها لوهم أو غلط أو أنها كتبت عنه ولم يقلها، فقال اللؤلئي: هو مكذب لبيّنته. وتقدم أن هذه المسألة معارضة لمسألة المدونة على ظاهرها في مسألة من أقام شاهداً بخمسين وآخر بمائة أنه بالخيار بين أن يأخذ خمسين بغير يمين أو المائة بيمين وظاهره كانت الشهادة عن مجلس أو مجلسين، انظر كلام ابن يونس والتونسي فيها.

ابن الحاج: في من أثبت وثيقة أن رجلاً من أهل الخير والانقباض والعافية نشأ على طلب العلم وقراءة القرآن على المقرئين والتزم مع ذلك طلب معاشه على الوجه الشرعي بسوق الشابين[1] متعاونان على طريق الاستقامة لم

(1) كذا بجميع الأصول.

يزل على طريق السلامة لم يطلع له أحد على جريمة مما يخل بدينه إلى أن نشأ بين أصهاره وبينه خصام ومطالبات وشرور إلى أن هجمَ عليه والي إشبيلية فضربه بالسياط وقطع يده وشنع به بالطواف كذلك في نواحي إشبيلية كلها ظلماً وتعدياً. واستشنع ذلك من رآه لكونه من أهل التصاون والقرآن يشهد بذلك حسب نصه إذ سُئِلها في شهر رمضان المعظم عام خمس وتسعين وأربعمائة ـ 495هـ /1102م ـ وتحته رسم مضمنه يعرف الشهود الرجل المذكور باسمه وعينه مخالطاً لأهل الشر والريب يجامعهم ويصاحبهم ويعرفون أن والي البلد ما قطعه إلاّ من بعدما شاعت عليه السرقة وظهرت وأنه إذا قطعه وطوفه لم ينكر أحد من المسلمين ذلك. شهد بذلك من عرفه بالحالة الموصوفة وعاين تَطَوُّفه والسرقة أمامه، وأوقع شهادته عقب شهر رمضان من السنة المؤرخة فوقه. فشهد في الرسم الأول أزْيَد من مائة من عدول المسلمين وعلمائهم وأفاضلهم، وقام يطلب به ورثة والي المدينة فأقام الورثة شهوداً بالعقد الثاني شهد فيه جماعة لم يُقبَل منهم إلاّ شاهدان أنهما سمعا الناس سماعاً فاشياً مستفيضاً يقولون: سرق محمد المذكور فقطع الوالي يده ولم يسمع أحد ينكر ما أحدث فيه ولا يعرفه بغير ذلك وشهد في الثالث عشر يوماً مضت من شوال من السنة المؤرخة.

فأجاب أصبغ بن محمد: إن العقد المؤرخ برمضان أعمل ولا يلزم الورثة شيء. وبمثله أفتى ابن رشد.

قلت: يحتمل أنه أعمل لكونه أقدم أو أنّه عدد كثير بلغ العلم أو أنه حقق والأخير لم يحقق وإنّما سمع بالاستفاضة وهي لا تثبت في الأحكام المعيّنة إلاّ في مسائل للضرورة معروفة وليس هذا منها أو أنه أخذ فيها بالأعْدل على أحد الأقوال من المسائل المتقدمة التي تثبت فيها بيّنة وتبقى أخرى.

ومسألة التجريح والتعديل منها وثالثها يعمل بالأعدل من البيّنتين وعليه يأتي الحكم في مسألة وقعت وهو أنه شهد جماعة أن فلاناً من أهل الشر وعطف عليه مرجوحات أخرى وأرادت أخرى أن تشهد بضدها فهي تجري على مسألة التعديل والتجريح المتقدمة والمشهور أن بينة الجرح أعمل لأنها اطلعت على ما

لم تطلع عليه الأخرى. ويقع النظر على هذا القول هل يثبت عليه أدب أو لا؟ مقابلة المعدلة لها، والله أعلم.

ثم رأيت لابن حدير عن ابن الحارث أنها إنّما تقدح في الشهادة خاصة وغيرها لا شيء عليه، قال: وفي ما مضى من السجن كفاية لو كان واجباً وأرى إطلاقه مسرعاً.

وفيه أيضاً: من أثبت ديناً على آخر ببلنسية ثم أشهد أنه لغيره وسماه ثم أراد المقر الذهاب إلى بلنسية واقتضاءه فهل يحلف المقر له أو المقر؟ فظهر لي حلف المقر له لأنه صاحب الحق، وظهر لابن حمدين أن يحلف المقرّ بمثله. قال أصبغ بن محمد: ولابن رشد إن كان وهب الدين حلف الواهب وإن أقر أن الدين لفلان حلف المقر له والمقر جميعاً.

قلت: فظاهره أن للمقر الطلب وإنّما بقي الكلام في من يحلف يمين القضاء ويحتمل أن يجري الطلب على اليمين أن تكون اليمين قبله فهو صاحب الحق. وتقدمت مسألة من تصدق بدين بشاهد واحد هل اليمين على الواهب وجوباً أو استحباباً أو على الموهوب، وهذه المسألة في هذا المعنى.

وفيه أيضاً: في قاضي محلة الأمير ورد عليه خطاب من قاضي كورة معلم عليه فأنكر المطلوب أن يكون قاضياً فتوقف الحكم من القضاء في المسألة حتى يتحقق أنه قاض [32 ب].

فأفتى ابن الحاج أن القاضي المخاطب يلزمه الحكم بما ثبت عنده بخطابه إذا صح عنده تقديمه من قِبَل من إليه التقديم. وأفتى غيره بأنه يلزمه الحكم به ولا يتوقف عن الحكم.

وفيه عن كتاب ابن المواز: إذا اتفق الشاهدان في عين المسروق واختلفا في اليوم قضى بقيمة المسروق. وإن اختلفا في عين المسروق كقول أحدهما هو نعجة وقال الآخر كبش، فله أن يقوم بإحدى الشهادتين ويقضى له بها ويقال له: احلف مع شهادة أيّهما شئت. محمد: وإن شاء حلف على شهادة كل منهما وقضى بهما جميعاً ما لم تكن الشهادة في موضع واحد وزمن واحد متكاذب

فيطرحان جميعاً. كما لو شهد واحد أنه شرب أمس الخمر وشهد آخر بشربه اليوم لأنه من باب الفعل وشهادتهما في القذف من باب الإقرار فيقضى به. وإن شهد واحد أنه سرق بالمدينة وشهد آخر بالسرقة بمصر لم يجز. قاله أصبغ.

قلت: وقعت مسألة النعجة والكبش أو الاختلاف باليوم في المدينة وأنه لا يقطع.

وأما المغرم فقيّده عبد الحق بما وقع في كتاب ابن المواز المتقدم، وأما الاختلاف بالمكان فظاهر ما تقدم أن لا غرم ولا قطع لأنه تلفيق بالأفعال ولا يبعد أن يجري الغرمْ على ما تقدم. ويتخرج على التلفيق مطلقاً لأنها اتّفقتْ على ما يوجبه الحكم أنه يقطع ويغرم وهو أصل سحنون في هذا الباب وباب القتل وغيرهما.

وكان يتقدم لنا بحث في بعض مجالس من أدركناه في مسألة النعجة والكبش وأن الحكم فيها إنّما هو إذا اختلف المجلس على ما تقدم ولو اتحد المجلس. فقال محمد: يطرحان، وأجريناه إذا اتفقا أنه عين المسروق. وإذا اختلفوا في صفته بالذكورة والأنوثة على المخالف في الصفة هل هو مخالف في الموصوف أم لا؟

منه: مسألة المخالفين في بعض الصفات الإلهية هل هم كفار أم لا؟

ومنه: مسألة السلم إذا اختلف في صفة المسْلَم فيه دون نوعه كسمراء ومحمولة هل يرجع إلى اختلاف الجنس أم لا؟

ومنه مسألة الجنازة وقد مرت إذا صلّى عليها على أنها أنثى فوجد الميت ذكراً أو بالعكس. فقال التونسي: تُجْزيء لأنه قصد عين ذلك الشخص فلا يضر الجهل بالصفة، فعليه تكون الشهادة غير مختلفة وتجري عليها جميع الأحكام. وإليه مال شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ وحمل المسألة على اختلاف المجلس ولو اتّحد لم يختلف كمسألة الجنازة.

وفيه أيضاً: في جماعة يهود يطالبون شخصاً منهم بدعوى ويذهبون إلى

محاكمته عند اليهود وأن لهم براهين تقتضي تقديمهم عندهم ويدّعي المطلوب أن يكون عند حاكم المسلمين لأنّ بيده ما يُبْريه بعدول المسلمين.

جوابها لابن العطار: إذا ظهرت الوثيقة وفيها شهادة من يُقبل من المسلمين وجب محاكمته بحكم المسلمين ولا يمكّنونه من غير ذلك.

قلت: لأن اتّفاقَهم على الشهادة بعدول المسلمين دليل على رضاهم بحكامهم فلا يقبل رجوع من رجع منهم، وأمّا لو لم يكن هذا فلا يحكم بحكم المسلمين بينهم في ما لا تظالم فيه إلاّ برضى الخصمين. وزاد بعض أهل المذهب ورضى أساقفتهم فيخيّر الحاكم حينئذ. قال في المدونة: وترك الحكم خيْرٌ لأن نص القرآن[33 أ] التخيير ثم رجّح الترك بقوله﴿ وَإِن تُعۡرِضۡ عَنۡهُمۡ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيۡـٔٗاۖ وَإِنۡ حَكَمۡتَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِٱلۡقِسۡطِۚ﴾[1] فهو دخول في عهدة مطلوب بها وهو مستغن عنها. ثم استشعر اعتراضاً بحكمه عليه السلام بين اليهود بالرجم فأجاب بأنهم لم يكونوا أهل ذمة. وفي المسألة تفريع وتدقيق.

ابن حدير: في يهودي ذكر أن امرأة طالبته وهي منهم عند قضاتهم بأشياء ادّعتها على أبيه وأنه على الفضل عليه في ما طالبته وأن بيده سجلاً لقاضي الجماعة ووثائق منعقدة بالخط المغربي وشهود المسلمين. وأثبت عنده أن قضاة اليهود وأساقفتهم على عداوة أبيه، وأتت المرأة وزعمت أن حقها ثبتَ عند قضاتهم وشهودها منهم ومتى خرج نظرها عنهم بطل حقها.

فقال أصبغ بن سعيد: إذ قد أتاك اليهودي راغباً في النظر له فقد وجب له النظر لا سيما ما استظهر به عندك من تقديم نظر القاضي في ذلك وعداوة الجميع لأبيه. وعن ابن عبد ربه: الذي جرى به العمل ببلدنا إذا تظالم اليهود في ما بينهم في الأموال والحقوق[2] ودعا أحد الخصمين منهم إلى حكام المسلمين ودعا الثاني إلى قضاتهم أن يدفعوا إلى قضاتهم. وكيف والمطالبة تقول إن شهودها من أهل ملّتهم ولا يمكنهم الشهادة إلاّ عند قضاتهم وإنّما يخير حكم

---

(1) سورة المائدة، الآية: 42.

(2) ثلاث جمل سقطت من ب.

المسلمين في الحكم بينهم أن يصرفهم إلى قضاتهم إذا جاؤوا راضين بحكم الإسلام لقوله تعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ﴾[1].

وعن محمد بن حارث: إذا دعا أهل الخصمين من أهل الذمة إلى حكم المسلمين وبعضهم إلى حكامهم فما كان من باب التظلّم والتعدّي مما ليس لهم فيه شريعة ولا حكم فالواجب أن يحكم بينهم بحكم الإسلام ولا يهملهم. وما لهم فيه شريعة وحكم لم يعرض لهم فيه رُدّوا إلى أهل دينهم. وهذه الحقوق والعداوات المذكورة مظالم ولا ينبغي تمكين بعضهم من بعض إلاّ أن يثبت عندك أن الذي يتناظرون فيه يوجب حكم شريعتهم فيه حقاً لبعضهم على بعض. فإن ثبت ذلك عندك فدعهم ودينهم وحكّامهم، وإن لم يثبت شيء من ذلك فانظر في ما قوي من ذلك وأوْكَدُه مما للقاضي فيه حكم فلا بد من تنفيذه. ومثله ما أشهدوا عى أنفسهم للمسلمين بوثائق عقدوها. هذا ما عندي.

وعن ابن ميسور: الذي قاله ابن عبد ربه هو اعتقادي وبه أقول وهي الرواية عن مالك. وعن ربيعة نحوه إلاّ في الدماء فإنه إذا كان القتل فلا يجوز دون الإمام لأن دماءهم حقنت بمكان ذمتهم من الإسلام. ولهذه اليهودية مطالبة حقها عند حكام ملّتها إذ لا شهود لها إلاّ منهم وليس يضرّ اليهودي ذلك إذا كان بيده من شهادات الإسلام ما يبطل ذلك عنده.

وعن ابن زرب: إن أثبت هذا اليهودي العداوة بينه وبين هذا الحاكم بينهما وبين من شهد عليه من أهل ملته من شهود الإسلام لم يمض عليه حكمه وإن لم يثبت ذلك كان للمرأة أن تطالب بحقها عندهم فإن كان عند اليهودي مدفع يقيمه بشهود المسلمين، أو كان له مطلب يطالبه عند المرأة كان له إثبات ذلك عندك.

وسئل ابن رشد عما يسجل به القاضي بقوله: «ثبت عندي ما في أعلا هذا الكتاب أو بطنه» ويشهد عليه ولم يبيّن ما ثبت العقد به وقد علم على أكثرهم أو كلّهم غير أنه ما عيَّنَ المقْبول ثم إذا قدم الغائب أو كبُر الصغير فيريد الإعذار

---

(1) سورة المائدة، الآية: 42.

فيهم وقد عزل القاضي أو مات، هل يحملون كلهم على العدالة أم لا؟

جوابها: يحمل الجميع على العدالة ولا يبطل العقد إلاّ بتجريح الجميع.

وسئل عن قول القاضي في إسجيله بما شهد عنده فيه عدل وغير عدل «أجزتُ شهادتهم لمعرفتي بحقيقة ما شهدوا به».

فأجاب بأنه خطأ لأنه أجاز شهادة غير العدول لمعرفته بما شهدوا به، ومعنى إجازتها إعمالها والحكم بها وهو لم يعلمها لذاتها ولا يمكن إسنادها لعلمه ولا يحكم بها وإنّما يستند الحكم للعدول لقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[1] وإنّما أجازها لعلمه بما شهدوا به لا شهادتهم. فقوله: أجازها لعلمه بما شهدوا به متناقض، فكأنه قال أجزتها لا أجيزها.

ابن حدير: سأله قاض بما وقع في مجلسه فقال: حضر مجلسي سعيد بن فلان فحضضتُه على الصلح مع خصمه سليمان، فقال سعيد: إن انضم بأن يقبض مني في نصيب زوجته خمسة وسبعين مثقالاً، وإلاّ فقد رضيت أن أقبض منه سبعة وأربعين مثقالاً وأتخلى له عن الملك الذي يخاصمني فيه. ثم أنكر هذه المقالة ودعا سليمان إلى يمينه فحلف أنه ما رضي هذا الصلح ولا قاله. ثم أتى سليمان بثلاثة شهدوا عندي بما وقع في هذا المجلس فقبلتُ واحداً بموجب التعديل، ودَعا سليمان إلى أن أشهد له بما سمعتُ عند غيري إن لم يحكم بهذا. فإن رأيتم أن أجيز شهادة الإثنين اللذين لم يعدّلا عندي من أهل معرفتي بحقيقة ما شهدوا به فعرّفوني بذلك.

فأجاب ابن عبد ربه: الذي جرى به العمل ببلدنا ويفتي به شيوخنا أن لا يحكم الحاكم بعلمه ولا ينفذه إلاّ بعدلين عنده بعلة الإعذار فيه.

وأجاب ابن خزيمة: قد اختلف عليك في ما تأخذ به من الفتيا وتحتاطه لدينك باجتهادك، فإن كنتَ قد رضيتَ بإمضاء الصلح بمن شهد عندك منضماً إلى علمك به فلا أرى إلاّ إمضاء ما رضي به من الصلح وإنفاذه بالعدل الواحد

---

(1) سورة البقرة، الآية: 282.

وبشهادة الإثنين وإقراره بمحضرك. وقال كثير: إن السلطان يقضي على المقر بما سمعه بين يديه. فهذا ما عندي.

قلت: تقدمت هذه في الصلح وجلبْتُها لآخذ منها قول ابن خزيمة وإن الحكم قد يقضي بشهادة من لم يعدل لعلمه بصحة قولهما. وحكى ابن يونس عن سحنون ما يؤيد الأول، قال: لو شهد عندي شاهدان ليسا بعدلين على أمر أعلم أنه حق فلا أقضي بشهادتهما لأني أقول في كَتْب حكمي بعد أن صحت عندي عدالتهما وإنّما صحّتْ عندي جرحتهما. ونحوه عن ابن كنانة وابن الماجشون.

وعكسها إذا علم الشاهد بجرحة وعدَّله عنده المعدّلون فلا يقبله بحال لأنه مما إليه علمه خاصة كما يقضي بعلمه بعدالته. أصبغ: ذلك إذا شهد بحدثان ما علم منه، فأما إن طال زمان ذلك وتقادم فلا تطرح شهادته بما علم منه فلعله قد تاب واجتهد في الخير.

وعن سحنون: لو شهد عندي عدلان مشهوران بالعدالة وأنا أعلم خلاف ما شهدا به لم يجُزْ لي أن أحكم بشهادتهما ولا يجوز لي ردها لظاهر العدالة ولكن أرفع ذلك إلى [34 أ] الأمير الذي هو فوقي وأشهد بما علمت وغيري بما علم فيرى رأيه.

وفي كتاب محمد: أرأيتَ إن شهد عنده عدول في أمر يعرف خلافه في ما شهدوا به فوقفه؟ فقال: وقوفه ردّ لشهادة العدول ولكن ينفذ شهادته بعد الانتظار والتصبر. وأحسن لو خلا بهم فأعلمهم بعلمه وشهادته فعليه ينكشف له ولهم ما وراء ذلك، فإن لم يكن ذلك فليحكم بشهادتهم وليعلم المشهود عليه أن له عنده شهادة فيرفع ذلك للمحكوم عليه إلى من فوقه[1]. فإن لم يكن أحد إلاّ تحته فقول أشهب أبداً لا يجيز رفع ذلك إلى من تحته، وأجازه عبد الملك واحتج بفعل عمر رضي الله عنه.

---

(1) ثلاث جمل سقطت من ب.

ابن حدير أيضاً: إذا صحّ عنده خلاف ظاهر الحكم وأشار فيه إلى حكم غيره بذلك فأنْفذ إليه الخليفة أنه يحكم بعلمه لقول من رأى ذلك مع شهادة مَن شهد عنده وعقد بذلك سجلاً، فعرفوني إنْ كان يجب نقضه إن قام به قائم؟

فقال جميعهم إلاّ ابن عبد ربه: الذي يقول به مالك إن القاضي إذا قضى وحكم بالحكم الذي قال به بعض العلماء وإن لم يكن عليه علماء ذلك الموضع فليس لقاض بعده نقضه ولا اعتراض، وهو نافذ تام. وإنه إن ظهر له في حكم نفسه أن غيره خير منه كان له هو نقضه خاصة وليس لغيره نقضه بعده. وعن كثير من العلماء أن القاضي يقضي بما صح عنده وسمعه من أمر الخصمين وينفذه ويمضيه، فإذا أنفذه مضى ولا يجوز لأحد نقضه. وأما ابن عبد ربه فاختار عدم إمضائه واحتج عليه بوجوه وأحاديث وآثار انظرْها فيه.

وفيه: إذا شهد عدل برائحة مسكر على رجل وآخر كذلك غير معروف وشك جماعة.

فأجاب ابن حارث: إنه لا يحكم بغير المعروف والحدود حكمها في السقوط بالشبهة للحديث الوارد. وحكى الباجي: إذا شك الشهود في الرائحة ينظر للمشهود عليه فإن كان من أهل السفه نكل وإن كان من أهل العدالة خلي سبيله لبعد الريبة عنه. وجعل ابن حارث سقوط العدالة في الشاهد شبهة في درء الحدود وهذه العلة تستوي فيها جميع الحدود. وما ذكره ابن حارث مخالف لما تقدم لابن القاسم من التفرقة إذا شك في رائحته. ولأصبغ في الحدود في الشاهد الواحد إذا كان بأمر الحاكم وجب الحد.

وسئل ابن رشد عمن عدَّله رجلان فشهد هو وآخر على جرحة أحدهما قبل تعديله إياه فلا تجوز شهادته لأنه يؤدي أن تجوز شهادة من لم تثبت عدالته. ومثله المتوفى عن أمة حامل وعاصب وعبديْن فيعتقهما فيشهدان أن الأمة كانت حاملاً من سيّدها وولدت ذكراً فتسقط شهادتهما لأنها تؤدي إلى أن يرجعا عبدين فيجيز شهادتهما وهما كذلك.

فأجاب: لأن كل فرع كرَّ على أصله بالبطلان فهو بالبطلان أولى.

ومنه مسألة وقعت في هذا العصر: وهو أن قاضياً قدم شهوداً وظاهر الحال أنه ارتهن منهم، ثم عزل ذلك القاضي فشهد عليه أولئك الشهود بالجرحة مع من شهد وظاهر الحال أنهم شهدوا عليه بما يوجب التجريح قبل تقديمهم فلا تجوز شهادتهم عليه لأنهم ضمنوا ذلك من علمهم. وانظر هل تجوز شهادتهم على القاضي الذي عُزل بتضمين القاضي [34 ب] لنفسه جرحة هل تجوز أم لا؟ لأنه يؤدي أيضاً إلى القدح في عدالتهم لأن القدح في الأصل قدح في الفرع.

ابن يونس عن سحنون: إذا عدل الشاهد ثم جاء عدلان شهدا أن القاضي رد شهادته لأمرٍ تبيّنَ له منه ولا يحفظه القاضي قبل شهادتهما في ذلك.

قلت: هذا إن كان بقرب رد شهادته، ولو طال الزمان ثم عدل فلا يضر. وقد مرّ ذلك لأصبغ قال: وعن ابن كنانة وابن القاسم إذا شهد رجلان في حق فلا تجوز تزكية مَن عُرفتْ عدالته منهما للآخر، لأن الحق يكون قد جيء به وحده.

وعن سحنون في شهيدين شهدا بحق لرجل ثم جاء الطالب بآخرين شهدا بذلك الحق وزكى كل بينة صاحَبتْها تثبت التزكية والحق أنّ اثنين ثبتا لا محالة. ثم قال: أرأيت لو كانا في حقيْن مختلفين لرجلين فلا تجوز تزكية بعضهم لبعض بشهادة بعضهم لبعض؟ وقد كان يقول: شهادتهم وتزكيتهم جائزة. ابن يونس: الصواب أن لا يجوز ذلك لأن كل واحد يفتقر للتزكية فكيف تزكي من تطلب تزكيته؟

وفي العتبية: في شهيدين شهدا بحق وزكّى أحدهما الآخر فلا تجوز تزكيته إياه إلاّ أن يكون معه غيره في التزكية فيحلف الطالب لأنه لم يثبت الحق إلاّ بشاهد وهو الذي زكاه الرجلان. ولو شهدا بشهادتين مختلفتين وزكّى أحدهما الآخر لم يجز ذلك. ولو زكى الواحد رجلاً آخر مع الشاهد الآخر وزكى هذا الآخر رجلٌ آخر مع الشاهد الذي زكاه أولاً فشهادتهما جائزة ويحلف مع شهادته ويستحق. ولو شهدا في حق وزكيا آخر شهد معهما ثبت الحق لأن المزكّى ملغى يستغنى عنه. ولو نقلا عن رجل وعدّلاه فهو جائز وليس نقلهما

بتعديل. وعن أشهب إن عدّله غيرهما جاز.

وفي العتبية: يجوز للذيْن شهدا لرجل في حق أن يجرحا من شهد عليه في ذلك الحق. وفي كتاب ابنه: إذا نقلا عن شاهد وعدَّلا شاهداً معه في ذلك الحق فهو جائز لأن نقلهما عن الشاهد إثباتٌ لشهادته وتزكيتهما للآخر إثبات له كما لو زكياهما أو نقلا عنهما. وإذا نقلا عن شاهد فلا يعدل أحدهما من نقل معه عن الرجل كما لا يعدّل الشاهد من شهد معه.

وعن ابن كنانة في من شهد على رجل فعدله رجل ثم إن الشاهد شهد على المعدل فشهادته مقبولة ولا يكلف تعديلاً لأنه قد رضي بشهادته إذ عدله.

ونزلت مسألة: وهي أنّ رجلين شهدا في حق وزكاهما عدلان وشهدت بيّنة بصدق ذلك وزكاها ذانكَ العدلان فأمضى القاضي التزكيتين ورفع ذلك إلى شيخنا الإمام فأنكره، ثم سألني عن المسألة فقلت: شهادتهما ماضية، فقال: كذلك حكم صاحبك وأخطأتما عندي، أو تقول غير هذا؟ فقلتُ له: ظاهر كلام المتقدمين الإمضاء واحتججتُ له بمسألة إذا شهد شاهدان في قضية وجرحا من شهد بضدها المتقدمة، فقال: هذا كان عند المتقدمين وأما الآن فالتزكية قاصرة قد يزكى في شيء ولا يتعدى إلى غيره. وسلم الأخذ لولا العادة التي ذكر.

ونزلتْ أخرى في هذا الوقت وهي: أن رجلين شهدا في طلاق وزكاهما عدلان فجرح[35 أ] أحد شهيدي الأصل رجلان وزكاهما عدلان آخران فأقامت المرأة رجلين جرحا أحد شهيدي التجريح وزكاهما المعدّلان الأولان فحكم القاضي بإعمالهما أولاً، فما حكيتُ له المسألة التي وقعتْ وخطَّأنا فيها شيخنا رجع إلى عدم إعمالها وأفتيت أنا بإمضائها لما تقدم في الرواية ولأن تعديل من عدّل المجرحة موافق لتعديلها ببينة الأصل التي عدلتها أولاً.

وأجاب ابن رشد عن حاكم شهد عنده عدلان مشهوران يحق بأنه لا يجوز إبطال شهادتهما بما رآه في منامه بأنه عليه الصلاة والسلام قال: لا تحكم بشهادتهما، فإنها باطلة، لأنّه إبطال لحكم شرعي برؤيا منام، وهو باطل لا

يُعتقَد، إذ لا يعلم الغيب من ناحية الرؤيا إلاّ الأنبياء ـ عليهم السلام ـ التي هي وحي لهم وغيرهم هي جزء من ستة وأربعين جزءاً، ولذلك شرح يخرج عن المقصود بالسؤال. وقوله عليه الصلاة والسلام «من رآني فقد رآني حقاً» الحديث لا يقتضي أن كل راءٍ له رآه حقيقة، لأنه عليه الصلاة والسلام يراه الرائي مرّات على صور مختلفات وقد يتعدد الرائي والصفة، ولا يجوز اختلاف صورة النبي عليه الصلاة والسلام. ومعنى الحديث: من رآني على صورتي التي خلقني الله عليها، إذ لا يتمثل الشيطان عليها وهو بَيِّنٌ، الحديث على صورته المعلومة وإن ظن ظناً حتى يتحقق أنها هي صورته وهذا ما لا طريق إلى أحد إلى معرفته.

قلت: ولو رآه على صورته التي هو عليها على ما حكاه في الشفاء وغيره فلا يحكم بذلك لوجهين: أحدهما أن العمل بالبينة قطعي والرؤيا ظن أو شك وهو لا يقابل القطعي فضلاً عن أن يسقطه. الثاني أن من شرط الرؤيا الضبط والتمييز وهو منتف عن النائم. وأحفظ هذا الوجه عن ابن العربي ورأيته للفخر بن الخطيب.

وسئل ابن رشد عمن شهد على متوفاة أنها أوصت لأخيها لأمها بثلثها وودّى شهادته وقطع بمعرفتها وشهد عليه اثنان أنه أقرّ عندهما بعد الأداء بأنه لم يكن يعرفها قبل الإشهاد وأنه إنما عيّنها له وقت الإشهاد امرأة وثقها، فهل تسقط شهادته بهذا في النازلة أم لا؟ كالرجوع عن الشهادة، أو تكون جرحة في حقه فتسقط مطلقاً لتعمّد الكذب؟

فأجاب بإمضاء شهادته إن كان ابتدأ سؤال المرأة من ناحية قبول خبر الواحد، فإن لم يبتدىء سؤالها وتكون هي ابتدأت بذلك، مثل أن تكون الموصية أتت بها لتعرفه بها فلا تجوز الشهادة عليها بتعيين المرأة له إياها في هذا الوجه وإن كانت ثقة عنده. فإن شهد جهلاً سقطت شهادته في النازلة وليس بجرحة في ما سواها.

قلت: تقدمت هذه المسألة وما فيها من الخلاف.

الشعبي: إذا شهدوا في حبس ثم ألغيت شهادتهم في بيع فالذي عليه

العمل سقوط شهادته في الحبس والبيع. وقيل: إذا كان الشهود مبرزين فإنها تمضي في الحبس ولا يضرهم كتب شهادتهم في البيع لتبريرهم ويحملون على النسيان لا سيما إذا بعد ما بين الشهادتين. وزاد في وثائق ابن أبي زمنين[1] في القول الأول إلاّ أن تقوم بيّنة على خروج التحبيس من يد المحبس أو يكون معهم شهود أخر[35 ب] على الحبس. قال: وقيل إن علم أن شهود البيع والتحبيس علموا بالتحبيس وقت البيع سقطت شهادتهم وإلاّ فهي جائزة.

وسئل ابن أبي زيد عمن شهد على حبس وبيع بخصومة وبقي نحو الأربعين سنة تتداوله الأملاك ولا يُعلم أصل الحبس إلاّ بقولهم فهل تبطل شهادتهم؟

فأجاب: نعم هذا يُبطل شهادتهم في الحبس.

قلت: هذا جار على المشهور أن حقوق الله يبطلها عدم القيام بها. ويلزمه على من يقول إنها لا تبطل أن لا يقبل إلاّ أن يقال المنافي هنا أقوى وهوالبيع. مثل أن يرى فرجاً يوطأ مع علمه بالعتق والطلاق فيسكت فهذا وجه.

ومنه أيضاً قول الشاهد ما تقبل شهادتي، ثم قال الشاهد: ما أشهد إلاّ بحق، فأكثرهم على ردها، ومنهم من قبِلَها إلاّ أن يقول داخلني الشك.

ابن حدير: في شاهد شهد عند الحاكم ثم رجع إليه وقال: نالني من أجل شهادتي أذى وبالله الذي لا إله إلاّ هو ما شهدت عندك إلاّ بحق لكني راجع عن شهادتي فلا تقض بها. فعن ابن خزيمة: ليس في ما قال الشاهد بالمسقط شهادته إلاّ أن يأتي المطلوب بما يدفعها عنه، وبمثله قال أصبغ بن سعيد وزاد: ولا أراه رجوعاً، والرجوع أن يكذب نفسه في ما شهد به أو يقول دخلني الشك. وعن ابن زرب: لا يقضى بشهادة من رجع عن شهادته ومال إلى أن لا يقضى بها لأنه إن رجع عن شيء علمه فقد فعل ما لا يجب له وقد أسقط شهادته.

وروي عن مالك أنه قال: كان شريح القاضي إذا جاءه الشاهدان أنه يقول

---

(1) في أ و ج: ابن رشيق، وفي ب: ابن أبي رشيق. وأرَجّح أنّ كلا التسميتين خطأ، إذ لا نعرف لابن رشيق الفقيه وثائق وإنما هي لابن أبي زمنين، ووقع الخطأ لقرب رسم الإسمين من بعضهما.

بشهادتهما أقضي أتشهدان بحق لهذا؟ فإن قالا: نعم أجاز شهادتهما. فكيف يجب أن يقضي بشهادة شاهد يقول لا تقض بشهادتي وأنا راجع عنها للعذر الذي اعتذر به؟

وفيه عن ابن رشد: في رسم وفاةَ فيه مناسخات وإثبات أملاك وفي آخره شهد بذلك من عليه حسب نصه، وأوقع شهادته في هذا الكتاب في شهر كذا من سنة كذا، وزادوا في شهادتهم عند أدائها أنهم لا يعرفون عين فلان يعني المورّث الأول المنسوبة إليه الأملاك ولا أدركوه بأسنانهم ويعرفون عين ذلك من مضمون الاسترعاء.

فأجاب: العقد غير عامل فلا يفيد نظراً ولا يوجب حكماً.

ابن عات: عن الذي سئل عن شهادته فيقول: لها اليوم عندي ألف سنة، فقال: هو جاهل وليس تسقط شهادته لأنه على المثل. وقال عليه الصلاة والسلام «لا يضع عصاه من عاتقه» وقد علم أنه يرقد ويصلي ويأكل، وقال أيضاً في فرس: إنه لبحر، وهذا كله على المعنى.

ابن حدير: إذا رجع الشاهد عند غير من شهد عنده فشهد به آخران عليه. فعن ابن زرب: يُعذَر إليه فإن لم يكن عنده مدفع سقطت شهادته عند بعض أهل العلم. وهو قول سحنون في شهادات العتبية. وفي الواضحة عن الأخوين: لا يكون رجوعاً حتى يرجع الشاهد عن شهادته في الموضع الذي شهد بها.

وفيه: من رضي بشهادة رجل بعد أن عُرِّف به فلما شهد قال لا أرضى، فأفتى ابن عبد ربه أنه يلزمه ذلك الرضى. وعن عبد الرحمن بن مخلد[36 أ] : في هذا الرضى اختلاف فمنهم من يجيزه ويلزمه الرضى ومنهم من لا يجيزه عليه. وعن ابن خزيمة: الذي أجيزه وأعتمده أنه لايجوز عليه ولا يلزمه، وهي رواية العتبية لأنه يقول ظننت أنه يقول الحق فوثقتُ به.

وفيه: عن ابن حارث إذا شهد الشهود أنه كان في حين إشهادهم على شهادته أنه صحيح العقل والذهن، فانظر في شهادة الذين شهدوا في ذهوله فإن قالوا هم أو غيرهم ممن تُقبل شهادتهم إنه كان به الذهول في الوقت الذي شهد

عليه الشهود الأولون في صحة عقله وذهنه حينئذ فهي أعْمل لأن الذهول يخفى على قوم ويظهر لآخرين. فمن قطع بعلمه أنه يعرف ذهوله في الوقت الذي شهد الآخرون بصحته فهم أحق بالقبول، وإن لم يشهدوا على ذهوله في ذلك الوقت هم ولا غيرهم فشهادة الصحة أعمل لأنهم قطعوا بعلمه وعلموا في باطن أمره ما لم يعلم غيره. وعن ابن ميسور وعن غيره الذهول عارض حادث فهو أولى بالقبول ممن نفاه.

وفي نوازل سحنون: عن أربعة شهدوا على رجل أنه زنا وهو صحيح العقل وشهد آخرون أنه زنا وهو ذاهب العقل. فإن قاموا عليه وهو صحيح العقل فالشهادة بالصحة ثابتة، وإن قاموا عليه وهو مجنون فعن بعض أصحابنا أنه يصرف عنه الحد لأنه حق لله تعالى وليس كحقوق الناس. ابن رشد: تفرقة سحنون استحسان على غير قياس ولا أصل، والآتي على الأصول صرف الحد عنه مطلقاً لدرء الحدود بالشبهات.

وأما الحقوق فالقياس أن شهادة الصحة أعمل لأنها أثبتت حكماً على ما في سماع أبي زيد في امرأة شهد عليها أنها أوصت في مرضها بكذا وهي صحيحة العقل، ويقول الآخرون إنها موسوسة، ولأصحابه من كتاب العتق: وقيل يُنظر إلى أعدل البيّنتين فإن استوتا في العدالة بطلت الوصية لحصول الشك على قول ابن القاسم في سماع أبي زيد وسماع أصبغ من كتاب العتق في الذي يقول: إن متُّ من مرضي فغلامي فلان حر وأن صحيْتُ منه فغلامي فلان حر، فشهد عدلان أنه صحّ من مرضه وشهد آخران أنه لم يصحّ منه، معناه وتكافؤوا في العدالة يعتق من كل واحد نصفه. ويتخرّج قول ثالث إن شهادة المرض أعْمَل فيقول: من أوجب الاختلاط أولى ممن نفاه.

وسئل ابن رشد عمن شهد لرجل شهادة فقال المشهود عليه للمشهود له: ما بال هذا الشاهد لم يؤد لك هذه الشهادة منذ كذا وكذا؟ فقال المشهود له: إنه لتحريه وتوسْوُسه وقف فيها وتثبّت فيها حتى جاء بنص كلامك مخافة أنه يزيد فيها أو ينقص فزعم المشهود عليه أن قول المشهود له في شاهده ما تقدم مسقط

للشهادة لما فيه من ذكر الوسوسة، والآخر يقول: لم أرد بالوسوسة فقْد العقل إلاّ ما تقدم ذكره، وقال: قد يطلق هذا على من لم يفقد عقله بقوله: ﴿وَنَعْلَمُ مَا تُوَسْوِسُ بِهِۦ نَفْسُهُۥ﴾(1) إلى غير ذلك من وساوس الشيطان.

فأجاب: بأنه لا تبطل شهادة الشاهد بما ذكرته عن المشهود له لأن ما وصف به شاهده من التحري في شهادته والتثبت فيها يقضي على ما تقدم من ذكر الوسوسة، وإنّما أراد التحري في الشهادة[36 ب] وهو الذي يلزم الشاهد فعله حتى لا يشهد إلاّ بما يعلمه يقيناً ولا يقدح في شهادته توقّفه عن تعجيل أدائها بذكر ما لم يذكر منها إذا تذكره لقوله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾(2) .

وسئل هو وأصبغ بن محمد عن بيّنتين تعارضتا فشهدت إحداهما أن الصدقة وقعت في الصحة وشهدت الأخرى أنها في المرض فقالا: بيّنة الصحة أعمل.

قلت: تقدم أمثال هذه وما فيها من الخلاف.

وسئل عما يسجل القاضي بقوله «ثبت عندي ما في أعلا هذا الكتاب أو بطنه» ويُشْهِد عليه ولم يُبِنْ من ثبت العقد به وقد علم على أكثرهم أو كلّهم غير أنه ما عيّن المقبول. ثم إذا قدم الغائب أو كبر الصغير فيريد الإعذار فيهم وقد عزل القاضي أو مات هل يحملون كلهم على العدالة أم لا؟

جوابها: يحمل الجميع على العدالة ولا يبطل العهد إلاّ بتجريح الجميع.

وسئل عن ورثة لهم ديْن فقام أحدهم على المديان فطلب حقّه فقال لهم: اجتمعوا ولا تطلبوا واحداً بعد واحد.

فأجاب: من حق المطلوب ما دعا إليه من اجتماعهم لخصامهم فيدلون بحججهم معاً أو يجتمعون على وكيل عن جميعهم إذ ليس لهم المداولة بالخصام. وهو الذي يأتي على ما في سماع عيسى من الأقضية.

---

(1) سورة ق، الآية: 16.
(2) سورة البقرة، الآية: 282.

وسئل عن ماءٍ عليه أرحاء فقام بعض أصحاب الجنات على بعض أصحاب الأرحاء الذي فوقه يخاصمه وهو يعلم أن طلب صاحب الجنّة طلب لجميعهم، هل يجتمعون كلهم وينظر في أمرهم لقلة تشعب الخصام وتكريره أو يتمكن القائم من الخصام خاصة؟

فأجاب: لا يلزم الحكم أن يجمع صاحب الجنات وإن علم أن دعواهم واحدة، ويجب أن يحكم للقائم بما يوجبه له الحكم عنده. فإن كان الحكم له أو عليه مما لا يخصه دونهم فمن حق القوم عليه أن يوقفهم على ما يدعونه، فإن وافقوا القائم قيل لهم اجتمعوا على رجل يخاصم عنكم أو على واحد منهم يوكلونه على الخصام أو يجتمعون ويدْلون بحُججهم معاً وليس لكم أن تتداولوه بالخصام إذا غاب هو يحضر الآخر والعكس فيجدد من الحجة ما شاء.

ابن عبد النور عن المازري: يحلف الغريم على حقوق كثيرة يميناً واحدة إذا اتّحَد الطالب، وإن تعدد الطالبون فليس كذلك.

وفي الوثائق المجموعة: إذا كان في الورثة غائب فإحْلاف القاضي الغريم إحلاف للجميع ولا يتكرّر، وإن كان بغير إذن الحاكم فلكل من قام منهم تحليفه.

ابن حدير: في من أبى من جواب خصمائه وكانوا جماعة حتى يجمعوا دعاويهم فأبى بعضهم وقال: نخاف أن ندخل تحت الطلب بالدم ونحن لا نريد أن نطلبه الآن، وأيضاً فالوصول إليه سهل، وزعم وكيل المطلوب أن وصول الطالب إلى المطلوب صعب، وزعم وكيله أنه ليس بصعب.

فأجاب ابن خزيمة: الخصوم تتشعب وتتولد وتَكْثُر المطالب غير أن لطالب الحق أن يطلب ما شاء ويسقط ما شاء إلاّ أن يسقطه الآن أن يعلم أنه منه على وجه التعنيت. فإن كان كذلك لم يمكن من خصومته حتى يجمع له مطالبته مما لا بد منه، ويقال للطالب: اجْمع كل ما تريد أن تحلّف فيه خصمك فتكون اليمين واحدة. وإن ثبت أن المطلوب بموضع[37 أ] لا يتوصل إليه في كل وقت، فمن الواجب عندي أن يوقف الطالب على أن ينص مطالبته كلها ليدفع

بما عنده فيها المطلوب إذ هو بموضع تمتنع فيه رؤيته في كل وقت فيريح نفسه وخصمه إلاّ ما ذكره من مطالب الدم مع العذر الذي ذكره لنفسه فإنه لا يضم إلى طلبه إلاّ أن يريد ذلك.

وأجاب أبو القاسم بن خلف: يلزم الجواب في ما كشف عنه وثبت ما اعتذر به مما يسقط ذلك عنه[1]. وأجاب ابن حارث: إنه لا يجب أن يراهق أحد إلى جميع ما يدعيه مما اتفق أصحاب مالك على ضرب الأجل للمدعي في إباية اليمين وعذر المحبوس بأنه لا يتوصل إليه في كل حين فلا يكون عذراً إنّما مقاسات التوصل تصعب على الملتمس للوصول وليس على الموصول إليه[2].

وعن محمد بن أحمد بن ميسور: ليس للطالب أن يرهق على جمع دعواه إلاّ عند اليمين فإنه يلزم الطالب جمع دعواه كلها في ما لا بيّنة له عليه لتكون اليمين واحدة.

ابن سهل: الذي جرى به العمل جمع الدعاوى في اليمين الواحدة إلاّ يمين الرد فلا تجمع مع غيرها على ما ذهب إليه ابن عتاب وحكاه عن الشيوخ. وذلك أن يبدأ الحالف باليمين الواحدة فإذا انقضت قال: وبالله الذي لا إله إلاّ هو حتى تنقضي اليمين الأخرى.

وفي منتخب الأحكام لابن وصول: ومن وجبت له يمين على رجل من ملابسة جرت بينهما، فإن له أن يقول للطالب اجمع كل دعواك قِبَلي أدْخلها في يمين، إلاّ أن تجب عليه اليمين من سبب ميراث فلا يكون له ذلك، لأن الميراث لا يحاط بالحقوق منه، وهو الذي أخذنا عن بعض شيوخنا.

قلت: والذي كان يجري لنا في المجالس أنه يذكر كل ما يعرف ويبقى الأمر في ما لا يعرفه، ويظهر وفي يمينه تردد ويجري على يمين التهمة، أو إذا أتى ببيّنة ويزعم أنه لم يعلم بها عند عجزه هل يحلف على ذلك أم لا؟

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

(2) كذا وردت الفقرة بالأصول.

والذي يظهر أنه لا يمين عليه لمشقة تكرر هذه الدعوى.

وسئل ابن رشد عن قرية فيها حارات كثيرة، وكل حارة معروفة بقوم لهم ولآبائهم فقام بعض أهل تلك الحارات على أهل حارة أخرى وزعموا أن لهم فيها أملاكاً وارتفعوا إلى قاضيهم ووكل كل فريق منهم وكيلاً ينوب عن جميعهم مفوّضاً على الإقرار والإنكار وقبض الأيمان وردها توكيلاً جامعاً لجميع معاني التوكيل، وأخذ كل وكيل نسخة صاحبه وحضروا بين يدي صاحب الأحكام فقال وكيل المطلوبين لوكيل الطالبين: قلْ لأصحابك يحوزون ما ادعوا به عليه ويستحقونه فقال: بعض الملك الفلاني لفلان وآخر لفلان وفلان آخر لجميعنا وآخر لبعضنا مع شركة من غيرهم ولم يوكل أحد هل تَقَعُ الحيازة هكذا ويحلفون عليها أولاً؟ وهل إقرار هذا الوكيل على هذه الكيفية يلزم موكليه أو لا؟

فأجاب: إذا ثبت ما ذكر فلكل ما ادّعاه ويحلف عليه بعد حيازته في كل أو بعض ويستحق ذلك، وليس له سبيل في ما ادّعاه لغيره لو لم يوكله.

وفي الحاوي: سئل بعض العلماء عمن له أرض بين قوم وقد منع طريقها.

فأجاب: طريقه عليهم كلهم يسلك [37 ب] فيها فإن ادّعى بعضهم على بعض حلف بعضهم بعضاً ثمّ أقاموا له طريقاً.

فإذا ادعى بعضهم على بعض حلّف بعضهم بعضاً ثم أقاموا له طريقاً.

قلت: هذا إن لم يقم دليل على أنها على بعضهم مثل أن يتعين أن الطريق لا تكون إلاّ على أحدهم فإنها تكون عليه. ويأتي من كلام ابن رشد في مسائل المياه ما يدل على ذلك.

وفيها: إذا كان لك في أرض رجل نخلة فليس له منعك من الدخول إليها لإصلاحها وجذاذها أنت ومن يلي ذلك لك. وإن كانت الأرض مزروعة فلَكَ السلوك فيها من غير ضرر به. وهذا الفصل فيها من مسألة الأرض في وسط

الأرض المزروعة ومسألة النهر التي بعدها كل ذلك يدل على أنه يعمل له الطريق، والله أعلم.

وفي الحاوي عن ابن أبي الدنيا: عن حمّام له ساقية قديمة تجري فيها مياهه فتضرر بعض الجيران وقامت له الشهادات أن الأمهات القائمة خربت وسقط الانتفاع بها فحكم بردم الساقية وقطع ضررها ثم قام رب الحمّام إلاّ أن يردها على ما كانت عليه، فهل له ذلك أم لا؟

جوابها: لرب الحمّام أن يصلح الساقية ويجري فيها ماءه على ما كانت في القديم والحكم بردمها وإبطال منفعتها باطل لا يصح إذ من شرطه الإعذار للمحكوم عليه ورضاه بإسقاط حقه وهذا يتعذر إذ الحكم فيها بجميع البلد ويتعذر الإعذار إليهم، وإن جوّز هذا ففيهم اليتيم والغائب والسفيه فحكمه خطأ.

قلت: تقدم في مسألة غسالة القيروان عن شيخنا الإمام نحو هذا إذْ لا بُدّ لكل موضع من مجري.

وسئل ابن رشد عمن قامت عليه أخته تطلب موروثها في ما خلّفه أبوها من الأصول وعيّنتها، فأقرّ ببعضها وادعى أنّ أباه تصدق عليه بثلثها وأعطى الإشاعة عند نكاحها وقال في بقيتها إنه توصّل إليها بالشراء من غير أبيه وبعضها لزوجته من أبيها، ثم قال وكيله على الخصام: لما وقف عليه جميع الأملاك لموكلي وملكه، ثم قال ثانية: إنه قاسَمَ أخته وقبضت حصتها واستظهر بعقد تضمّن أنّ الناظر لها بتقديم بعض القضاة قبض ما وجب لها من الأصول التي خلفها أبوها منذ ستة عشر عاماً وهو كذا، فهل اضطراب الوكيل تكذيب لشهادة الاسترعاء أم لا؟

فأجاب: إن جعل لوكيل الخصام الإقرار والإنكار فقوله قاسَمَ أخته جميع الأملاك إقرار منه بمشاركة أخته له بجميعها فيمضي عقد الاسترعاء بالقيمة في ما يجوّزه شهوده ويعيّنونه ولا مدفع للأخت أو القائم عنها في ذلك ويُقضى له بنصيبها في سائرها إن كانت في يديه إلاّ أن يكون بيده ما يدعيه من الصدقة ببينة

وما بيد زوجته من أملاكها لم يجزْ إقراره عليها ولا شهادته ويوقف على ذلك في ما ذكر أنه ميراث من أبيها فهو لها مع يمينها إلاّ أن تقوم بيّنة بخلافه، وما ذكرتْ أنه صار لها بالوصية من أبي زوجها فلا تصدّق إلاّ ببينة، وليس قول الوكيل أولاً مكذباً لشهود الاسترعاء.

وأجاب عنه أصبغ بن محمد: إذا ثبت الاسترعاء بالقسمة ولا مدفع للأخت فيه قضى به ولا يلتفت إلى ما سواه وهو كما ترى.

وأجاب ابن رشد أهل شاطبة بقوله: الذي مضى [38 أ] عليه العمل في ما أدركنا وأفتى به شيوخنا في ما علمت أن مَن ادّعى عقاراً بيد غيره زعم أنه صار إليه عمّن ورثه أنّ المطلوب لا يسأل عن شيء حتى يُثبت الطالب موت مورثه الذي ادّعى أنه ورث ذلك العقار عنه ووراثته له. فإذا أثبت ذلك وقَف المطلوب حينئذ على الإقرار والإنكار خاصة، ولم يُسأل من أين صارت له، فإن أنكر وقال: المال مالي والملك ملكي ودعواك فيه باطلة اكتفي منه بذلك ولا يلزمه أكثر منه، وكلف الطالب إثبات الملك الذي زعم أنه ورثه عنه وإثبات موته ووراثته له، فإن أثبت ذلك على ما يجب من صحة شروطه سئل المطلوب حينئذ من أين صار إليه؟ وكُلِّفَ الجواب على ذلك فإن ادّعى أنه صار إليه من غير مورث الطالب الذي ثبت له الملك لم يلتفت إليه ولا ينفعه إثباته إذا ثبت. وإذا ادعى أنه صار إليه من قبل مورّث الطالب لوجه يذكره كلف إثبات ذلك فإن أثبته وعجز الطالب عن الدفع في ذلك بطلت دعواه، وإن عجز عن إثبات ذلك قضي عليه للطالب. هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة ولا اختلاف في ذلك أحفظه، وما ذكر ابن العطار بأن الفتوى مضت بأن المطلوب يلزمه ابتداء قبل إثبات المدعي الملك لمورثه هل صارت إليه بسببه أو بسبب مورثه الذي أثبت موته ووراثته له بعيد لا يصح. وما حكاه عن مالك عما وقع في شهادات المدونة وغيرها من أنه لا يوقف المطلوب على شيء حتى يثبت الطالب دعواه ليس بصحيح إذ لا اختلاف أنه لا بد أن يوقف قبل أن يثبت دعواه على الإقرار والإنكار.

وقد اختلف إذا أبى أن يقر أو ينكر فقيل إنه لا يُترَك حتى يقرّ أو ينكر ويُجبر على ذلك بالسجن والضرب. وقيل: إذا أبى عن الجواب لم يُجبر على ذلك وعُدَّ منه كالنكول فيقضى للطالب مع يمينه. وإن قال: لا أقرّ ولا أنكر لأني لا أعرف حقيقة ما يدعي، قيل له: احلف إنك إنّما توقفتَ عن الإقرار والإنكار من غير أنك لا تتيقن من الأمر، فإن حلف قيل للطالب: أثبتْ، وإن نكل فقيل إنه يُجبَر على الإقرار والإنكار، وقيل يُقضى للطالب مع يمينه وقيل يقضى له بغير يمين. وإلى هذا ذهب ابن المواز.

المشاور: لا يوقف إلاّ بعد إثبات موت من يقوم عنه وعدة ورثته وتناسخ التوارث، فإن لم يثبت ذلك لم يكن له يمين على المطلوب لأن له حجة في أن يقول: إنّ أباك أو جدّك أو من تقوم عنه حي فسيقدم ويقر أنه لا حق له عندي أو يطلبني إن كان له عندي حق فيلزمني به. وكذا إذ قاموا بديون له أو ودائع فإن قالوا: إنك أعلم بموته وعدة ورثته فإن أقرّ بذلك لم يقبل قوله لما فيه من إلزام الحقوق وتوريث زوجته وتزويجها وإنفاذ وصاياه وغير ذلك، ولا يمين عليه في شيء من ذلك وإنّما هو شاهد بذلك لا مقرّ. وله أن يقول مع ذلك قد يقدم صاحبكم فيأخذني بحقه مرة أخرى.

وعن ابن ميسر: من أقر بقتل رجل لم يؤخذْ به [38 ب] لما في ذلك من التوريث وزواج زوجة وتنفيذ وصاياه.

وسئل ابن رشد عمّن قِيمَ عليه في ملك بيده ورثَهُ عن أبيه أنه ملكه واستظهر برسم يتضمّن إذا أبا المقوّم عليه يشهد عل نفسه مع قوم آخرين أن جميع ذلك الملك بينهم شركة على أجزاء بيّنوها وتقارروا عليها وجعلوه على نسخ تحصيناً لهم ولمن يأتي من الورثة والقائم المذكور أحد ورثة الشهيدين وأثبت الرسم بشهادة على شهادة حتى بلغ إليه فهل يجب الحكم أو حتى يزيد هؤلاء الشهود الذين يثبت بهم الأصل بعد طبقة رابعة لكون الرسم الأصل له نحو ستين سنة معرفة الملك ولا يعرفونه باع ولا وهب، أو لا يلزمهم لأنهم إنّما شهدوا بشهادة على شهادة ولا نعلم غيره، وإذا لم يكلفوا هذا فهل يكلف القائم

شهادة بهذا أم لا؟ وهل يسقط الأصل لعدم ثبوت هذا أم لا؟

فأجاب بأنه لا يُكلف الشهود الذين ثبت بهم الأصل على الشهادة ملكاً ولا غيره إذ لم يشهدوا به وإنّما شهدوا على إشهاد غيرهم على أنفسهم حقاً كان أو باطلاً، ولا يكلف القائم ذلك أيضاً إذ لا تصح هذه الزيادة غير معرفة الملك، والواجب إن كان القائم غائباً أو قام بالعقد أن يوقف عليه المقوم عليه، فإن أنكره وعجز عن إبطاله أو أقر به وقال إنّ تلك الحصة اشتراها والده وعجز عن إثباته ولو بالسماع لطول المدة وجب الحكم عليه بما تضمنه العقد للقائم به.

قلت: انظر هذا فإنه يوجب إثبات الملك برسوم الأشْرِيَة ولو لم يُثبت صاحبها ملكاً إلاّ بمجرد الوثيقة. وكان شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ يحكي عن شيخه ابن عبد السلام أنها لا توجب إثبات الملك وإنّما توجب رفع النزاع عن المتابعين خاصة. وكانت نزلتْ بي واجتجّ عليّ بهذا في إثبات رسم أخذ من وثيقة ولم يتضمن الشهود معرفة الملك فيها فقال: يؤخذ منه صحة هذا الحدّ بما ذكرناه. فأجبْتُه بأنه يثبت الحوز لمن هي بيده فالقول قوله بترجيح العقد حتى يثبت خصمه خلاف ذلك.

وفي المدونة: من أقام بيّنة في داره أنه ابتاعها من فلان وأنه باعه ما ملك، وأقام مَن بيده الدار بيّنة أنه يملكها قضي بأعدلهما وإن تكافأتا سقطتا وبقيت الدار بيد حائزها. كما لو ادعاها الذي يزعم أن هذا المدعي ابتاعها منه يقضى بها لحائزها عند تكافُىء البينة.

وإن لم تقم للحائز بيّنة قُضي بها للمدعي إلاّ أن تكون طالت حيازة الحائز بما وصفنا في الحيازة والمدعي حاضر، فهو قطع لدعواه انتهى فلا بد من إثبات الشراء والملك فيه ولو لم يكن في الرسم إلاّ الشراء خاصة فلا يعارض الحوز والبينة بل يعارض الحوز وحده. كذا قيّده بعض المغاربة. ولابن أبي زمنين في المقرب: قف على هذه اللفظة فإنها أصلٌ جيّد وعليه تدور أحكامهم، وفائدته إذا كان في عقد الشراء عند ذكر التاريخ ذكر الملك لم يحتج إلى إثبات ثانية إذ قد يطول الزمان وتموت البيّنات.

ولو قال المشتري للبائع: اعْطني عقد شرائك فذلك له، وفائدته إذا طرأ الاستحقاق رجع المشتري على من وجد منهما[39 أ] لئلا يدعي على البائع الأول أنه لم يبع قط. وله في الاستحقاق الرجوع على غريم الغريم وكذا الرد بالعيب. والعمل اليوم على أخذ النسخة وهو الحزم.

وفي النوادر: إذا شهدتْ بيّنة بالشراء لا تنفع إلاّ إن شهدوا له بطول الملك والحوز والتصرف ولا منازع له وأثبتَ ذلك شهود الشراء أو غيرهم سواء ذكروا الشراء أم لا؟

أبو محمد: وسئلتُ عمن شهد لرجل استحق ثوباً أنه له قال وإنّما بعتُهُ. فأجبتُه بأنه لا تجوز شهادته لأن من شهد له أنه يملكه بشرائه إياه من فلان لا تتم الشهادة فيه حتى يقولوا إن فلاناً البائع يملكه أو يحوزه حيازة الملك حتى باعه من هذا، وهذا الشاهد البائع لم يثبت ملكه للثوب إلاّ بقوله.

قلت: يؤخذ هذا من مسألة المدونة المذكورة. وأحفظ في القسمة لابن يونس أن القاضي لا يقسم بين الورثة الأملاك حتى تثبت ملكيتها عنده. وذكر المتيطي أنهم إذا أرادوا أن يستندوا إليه في القسمة ولم يثبت الملك أنهم يحكون ما أرادوا أن يعملوا وأنّ القاضي أذن لهم في ذلك إن شاء. فانظره فإني نقلتُه من حفظي وعهدي به بعيد.

وسئل عمن قام بسجلّ ما حكم به القاضي لأم القائم بثلث قرية يجوز التسجيل فيها رحًى ولم تحدّ القرية في السجل فقامت ابنة أخي المحكوم لها بثلث القرية فأثبتتْ قرية بحوز السجل وحدّتْها بجميع جهاتها كانت لأبيها وملكه إلى أن توفي وأورثه ورثته ووجدت هذه بيد القائم بالسجل وذكر أنها المذكورة في ذلك السجل وأنها كانت لوالد أمه ولبنات خاله فيها ثُمُنان مع شركتهن في ميراث والدهن، فقالت ابنة الأخ: القرية لوالدي لا لأمك، لأن القرية التي فيها أرْحَاءٌ وهذه ليس فيها أرحاء وليس فيها أنهار ولم يكن فيها رحى قط وهي محدودة، والتي لأمك ليست بمحدودة. فأثبت القائم بالسجل أن هذه القرية التي أثبتتْ ابنة الأخ هي لجدّها والد القائمة بالسجل، وهؤلاء لم يدركوا

بأسنانهم والد القائمة، فهل يُقضى بالقرية المحدودة لوالد القائمة إذ ليس فيها أرْحاء بخلاف الأولى، أو يُقضى بأنها التي بيد القائم التي شهدت بها البينة؟ وهل تصح شهادتهم العلم بعدم إدراكهم لوالد القائمة.

فأجاب: الواجب أن ينظر كيف صح ثلث القرية المحكوم بها للقائمة، هل أخذته عن أبيها أو عن غيره؟ وتسأل البينة أن القرية لأبيها من أين صارت له؟ ومن أين علموا ذلك؟ وكذلك تسأل بيّنة القائم بالسجل أن القرية لأبي القائم من أين علموا بذلك؟ لطول اعتماده إياها دون حق نعرفه فيها لغيره كان الذي القرية بيده أحق بثلثها على ما ادعاه واستظهر به من السجل.

وسئل عن رسمٍ تضمّن معرفة شهود حُبس بوادي كذا لجعفر بن حمدون متكرراً عليه متصرفاً فيه عامراً له وأن من جملته الشقص الكائن في خلاله الصهريج الذي حدوده كذا، بجميع ما اشتمل عليه الشقص من ثمار ومقصبة وغير ذلك، ويعلمونه ملكاً خالصاً لجعفر لا يعلمونه فَوّتَ منه شيئاً إلى الآن من يحوز الملك المذكور وثبت العقد المذكور في رجب سنة ثلاث عشرة وحوز الشهود ذلك بمعاينة شهود وجّههم بعض من مضى [39 ب] من القضاة فاستظهر المقوم عليه في الحبس وهو بيده وفي حوزه برسم تضمّن اعتراف جعفر المذكور[1] أنّ تصَرُّفَه في الحبس المذكور الذي هو الآن لأحمد بن سراج وإنّما هو على وجه العمارة كما كان قديماً لأربابه بني أسود إلى أن انتقل إلى أحمد المذكور ملكاً له. شهِدَ بذلك في شوّال سنة ثلاث عشرة حسن بن يوسف بن قاسم وغيره. والذي يشهد قاسم ابن فلان أن جعفر المذكور عامراً في الحبس المذكور لا يعلمونه يدّعي فيه ملكاً أكثر من العمارة في مدة طويلة نحو عشرين سنة. والذي شهد به نافع أنّ جعفر عامر في الحبس المذكور لا يدّعى فيه ملكاً ويعلمون أن في قطعة من الحبس المحدود قطعة تنسب إلى القاطع جد جعفر ولا يجد الحصة ولا يحوزها، وحُوز عن أمر القاضي المذكور هذا الحبس الشهود المذكورون بحضرة شهود وجّههم القاضي، فاستظهر جعفر المذكور

(1) ثلاث جمل سقطت من أ.

برسم تضمن أنّ حسن بن يوسف أحد شهود اعتراف جعفر بالعمارة اعترف غير ما مرّ أن بعض القضاة أوقف بيده الشقص الثابت لجعفر من الحبس المتنازَع فيه ويعلمون أنه يبيع غلة الشقص ويقبض من فوائده من مبتاع ذلك باسم التوقيف إلى أن يُستوفَى الحكم فيه. شهد بذلك من قُبلت شهادته في جمادى سنة ثلاث عشرة. فانظر هذه الجملة وإقرار الشاهد أنه بيده على وجه الوقف وهو الآن المقوم عليه ولم يعرف حاكم برفع يد الأمين عنه، فهل تسقط شهادته أم لا؟ وكذا مَن شهد بالعمارة وزاد أنه يعلم للقاطع نصيباً ولا يحدّه ولا يعلم قدره؟

فأجاب: إذا ثبت عندك العقد الذي قام به جعفر في رجب فمن تمام الشهادة أن يحوزوا عن أمرك الشقص المذكور، ولا تَجْتزِىءْ بتحويز مَن وجّهَه غيرك إلاّ له خاصة. فإن حازه لك من حوّزه لغيرك وشهد بذلك عندك أو وجهت غيرهم للحيازة فحاز وأثبت ذلك لجعفر القائم ولا يقدح فيه عقد الاعتراف المذكور لاحتمال أنه يعتمده ويملك حصته منه، إذ لم ينص الشهود على أنه لا حقّ له فيه بسبب أن يكون قصد بالاعتراف سوى الشقص الذي شهد بملكه ولو قصد لذلك ليُبينَه. فإن لم يفُتْ سؤال الشاهدين اللذيْن ثبت عند الاعتراف بهما لكان وجه الاستبراء سؤالهم عن ذلك. فإن فات السؤال أو سئلا فلم يوجد عندهما أجل ولم يكن للمقوم عليه حجة سوى ما أبداه من عقد الاعتراف وجه العطاء للقائم بما ثبت له في الحبس من الشقص المحوز، لأن ما ثبت بالشهادة والحيازة لا يبطل بأمر محتمل بعد يمينه في مقطع الحق أن الشقص المذكور ماله وملكه لم يفوته بوجه من وجوه التفويت إلى حين يمينه، ولا اعترف أنه لا حق له فيه. وأما شهادة من شهد أنه يعلم أنه عامر في الحبس ولا يعلم للمدعي فيه ملكاً وشهادة من يشهد بذلك ويعلم أن في الحبس قطعة تنسب للقطاع إلى آخره لا توجب حكماً. ولو ثبتَ على جعفر الاعتراف بأنه لا حقّ له في شيء من الحبس بشهادة الشاهدين المذكورين فلا يبطل شهادتهما بما ثبت من الاعتراف في التوقيف، فهذا رأيي في هذه المسألة[40 أ].

ولو أشرْتَ في النازلة بالصلح وندبتَ إليه وحضضْتَ عليه خلال نظرك فيه قبل أن يتبين لك فصل القضاء فهو حسن من الفعل. فقد كتب عمر إلى أبي

موسى الأشعري ـ رضي الله عنهما ـ : أحرص على الصلح ما لم يتبيّن لك فصل القضاء. والله أسأله التوفيق.

ابن فتوح عن محمد بن أحمد: لا يحضر حيازة الشهيدين في الملك العقار الذي شهدا فيه إلاّ شاهدان يعرفان ذلك العقار وحدوده أو يكون للعقار المشهود فيه حدود مشهورة لا تخفى معرفتها على من نظر إليها، مثل أن يكون في القبلة زقاق أو رحبة يتشرع إليها بابها وفي الجوف مَحجّة أو حوانيت والشرق مسجد أو حمام أو دار خراج وفي الغرب فرن أو شبه ذلك من الأعلام البيّنة. انظر بقية كلامه.

ابن وصول: أو يتّفق الخصمان على صفة الأرض وحدودها أو الدار على حيازة ما شهدا له به. وهو قول ابن زرب وابن حدير وابن أبي زمنين وغيرهم. وفي الاستغناء: إنّما احتيج إلى موجهي القاضي مخافة أن يموت الشهود على الحق أو يُعزَل القاضي أو يموت فيشهد الموجهان على الحيازة فيتم الحق بهما. ويكفي الواحد للحيازة إذا كان موجهاً من جهة القاضي كالإعذار يجزي فيه واحد عدل ولا إعذار في من يوجهه القاضي للحيازة. الباجي: وإنّما يُعذَر فيهم إذ لم يوجههم القاضي. والأصل في إجزاءِ واحدٍ في الإعذار وأنه لا إعذار فيه قوله عليه الصلاة والسلام «اغْدُ يا أنيس على امرأة هذا فإذا اعترفت فارجمها» فأقامه مقام نفسه.

ابن حدير عن ابن عبد العزيز بن أحمدين: إنه يُعذَر في شهود الموجهين للحيازة. وعن ابن عبد ربه: إن أعذر فحسَن وإلاّ فالسجل ماض. وعن أصبغ بن سعيد: لا إعذار في من يوجهه القاضي، والمعمول به الإعذار في الجميع.

وأما ما ذكرتَ من الندب إلى الصلح لما تقدّم ولقول عمر ـ رضي الله عنه ـ: ردوا الخصوم بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا، فإنّ فصل الخطاب يُحدِث بين القوم الضغائن. وقال آخرون: وهذا ما لم يجب الحق لأحدهما فلا ينبغي حينئذ للقاضي أن يؤخرّ إنفاذه. ويجوز للقاضي أن يأمر بالصلح إذا

تقاربت الجهتان من الخصمين غير أن أحدهما يكون أَلْحَنَ بحجته من الآخر، وتكون الدعوى في أمور درست وتشابهت.

وأما إذا تبيّنَ للحاكم موضع الظالم من المظلوم لم يسعْه إلاّ فصل القضاء. قال مالك: لا أرى للوالي أن يلحّ على أحد الخصمين أو يعرض عن خصومته أو يصالح. وعن محمد بن الحسن: لا ينبغي للقاضي أن يردّدهم أكثر من مرتين إن طمع في الصلح في ما بينهم، وإن لم يطمع بذلك أنفذ بينهم القضاء. انظره من الطرر. وقد تقدم أنه إذا أجبر على الصلح أنه لا يجوز وهو جرحة في حق القاضي.

وسئل ابن رشد عمن قام بعقد تضمّن معرفة شهدائه أن ملك كذا وحده من أملاك فلان إلى أن توفي وأوْرثه ورثته فلاناً وفلاناً، واستظهر من بيده الملك الآن أنه ملكه ومال من ماله يحوزه نحو ثلاثين سنة[**40** ب] هل شهادة من حَدّد المدة أعمل أم لا؟ وكيف إن قام بالعقدين غير الذي هو بيده هل حكمه سواء أم لا؟

فأجاب: يعمل بالأقْدم تاريخاً منهما، فإن علم أن ملك المتوفى أقدم تاريخاً يعلم أن موته له أزيد من ثلاثين سنة كان أعمل من الآخر، وإن لم يعلم سئل الشهود عن تحديد مدة الملك ويقضى بأقدم التاريخين أيضاً. وإن تعذّر سؤالهم قضى ببينة المقوم عليه المؤرخة، سواء في هذا كان الملك بيد أحدهما أو غيرهما أو بأيديهما وإنّما يفترق إذا اتخذ تاريخ العقدين واستوت البيّنات في العدالة. فإن كان بيد أحدهما ثبتَ له وإن كان بأيديهما أو بيد غيرهما قسماه بعد أيمانهما أو نكولهما وهو للحالف منهما، وذلك بعد الإعذار لمن هو في يده.

قلت: وأصل هذه المسألة من المدونة. وكان يمرّ لنا استشكال الترجيح بقِدَم الملك من وجهين أحدهما أن الشهادة الحادثة ناقلة والحكم بها والثاني قول جابر إنهم كانوا يأخذون بالأحْدث من فعله عليه الصلاة والسلام لأنه يشبه الناسخ لما قبله. وكان شيخنا الإمام يجيب عن هذا بأن يقول بأنهما تناقضتا في الحكم في العام الثاني لأن كل واحدة من البيّنتين شهدت به أنه ملك لمن

شهدت له. فقول إحدى البينتين إنه يملك الأصل منذ سنين ولا نعلمه خرج عن ملكه إلى الآن فقد شهدوا بملكه في هذا العام وزادوا ملكه في العام الذي قبله، فقد أثبتت ما لم تُثبته الثانية والبينة الناقلة أو الحديث[1] الأحدث لم يتوارد مع البينة الأولى أو الحديث الأول على محل واحد فلا ناقض. ويُعدّ الثاني نسخاً للأول لأن النسخ هو بيان لانتهاء مدة الحكم الأول، والله أعلم.

وسئل ابن رشد عن رسم تضمن معرفة شهوده أن فلاناً ومن شاركه أحدثا رحًى في الموضع الفلاني من وادي كذا وأحدثوا لها سداً في أرض فلان بغير إذنه ولا يعرفونه رضي بذلك ولا أباحه لهم ويجوزون الأرض الذي أحدث فيها السد بالوقوف على ذلك وثبتت شهادتهم وعند المقوم عليهم رسم تضمّن أنهم يعرفون فلاناً صاحب الأرض التي أحدث فيها السد ويعرفون أن الوادي الذي عليه الرحى المحدثة هو الآن على مجرى القديم الذي كان عليه، والذي أحدث فيه منذ ثلاثة أعوام إنّما أحدثه الوادي بقوته وأنه لم يكن مجراه منه علم إلاّ بالوجه الأول. وشهد من يجوز الوادي المذكور ويعلم مجراه القديم والتغيير له فأفتنا في ذلك بما يرفع الإشكال.

فأجاب: العقد الأول هو المعمول به بعد تحريرهم بما شهدوا به ويزيدون في شهادتهم أن موضع السد للقائم وملكه إذ لم ينص عليه العقد بعد الإعذار في شهادتهم ويعجز عن الدفع عنها.

وسئل عمن اشترت داراً بحضرة كذا وحدّتها بجميع وجوهها من امرأة والجنة الفلانية بحومة كذا ووصفتها أيضاً بجميع وجوهها بثمن مبلغه كذا قبضته البائعة المذكورة بمعاينة شهيديه[**41** أ] وثبت الرسم على أكمل وجه وبصحة المشترية ومرض البائعة وهي ثابتة الذهن والميْز وثبتت عند الحاكم على نصه وأعذر فيه فلم يكن فيه مدفع فحكم به وألزَمها مضمّنه، ثم رجع اثنان من شهوده بعد الحكم وكان بثلاثة شهود، فهل رجوع الشاهدين بعد الحكم والإعذار عاملٌ ويبطل العقد أو لا ويصح العقد؟

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

فأجاب: بأن السؤال ناقض إذ لم يبيّن المعنى الذي وقع الحكم فيه مما تنازع فيه المتبايعان. ولا ما رجع عنه الشاهدان حتى يعرف وجه الحكم في ذلك. فإذا أقر المتبايعان بالبيع في الدار والجنة المحدودتين في العقد وادعت كل واحدة خلاف ما تضمّنه العقد مثل أن تقول البائعة: شرطتُ عليك شرطاً لم يتضمّنه العقد، وتقول المبتاعة: شرطتُ عليك كذا ما لم يتضمّنه العقد أيضاً، فحكم على كل واحدة منهما بما تضمنه العقد فإن البيع لا شرط فيه ولا ثنْيا ولا خيار بعد الإعذار إلى كل واحدة منهما كما ذكرت وشبْه هذا من التداعي فإن رجع الشاهدان بعد الحكم عما تضمنه العقد من أنه لم يكن فيه شرط فشهدا لكل واحدة بما ادعتْ على صاحبتها أو لإحداهما دون الأخرى فالحكم نافذ لا يبطله رجوعهما. ثم إن قالا إنهما أشهدتا أن العقد لا شرط فيه ورجعا عن ذلك بعد الحكم فهو جرحة في المستقبل، وإن لم ينصَّا على ذلك وقالا: أشهدتْنا بما تضمّنَه العقد ثم رجعا وقالا: ظننّا أن العقد اشتمل على ذلك فليس بجرحة في ما يستقبل ولا يبطل ما تضمّنه العقد مما سوى ذلك. وكنتُ في سعة في ترك الجواب لإبهام السؤال لكن تكلفنا ذلك رجاء ما عند الله تعالى من الثواب مع رغبة من رغب ذلك.

وسئل عمن له قرية حولها فدادين صارت شعراء لترك عمارتها فعمد رجل لفدان منها حول القرية وعمّره بالغراسة فقام صاحب القرية وادعى أنه منها وادعى الآخر ملكه ولم يكن لأبيه ولا جده وإنّما عُرف له بهذه العمارة.

فأجاب: إذا لم يعرف الفدان لواحد منهما ولا لأبيه ولا بيّنة على ذلك قُسم بينهما نصفين.

قلت: هذه مسألة عفو الأرض، ورواية ابن القاسم في المدونة أنه لا يستحقها أحد منهما لا مدفع فيها. وفيها عن ابن القاسم أنها تدفع بعد الصبر وطول الزمان. وفيها أيضاً الفرق بين الدور والأرضين وما يُرى عليه التغيير أو يرى أنه سبقت عليه يد أو لا. انظرها فيه.

وأقام ابن رشد في الشرح من مسألة عفو الأرض في شعراء حول القرية

فاختلف أهل البلد في قسمتها أنها لا تُقسم بينهم لما فيه من الرفق للمسلمين إلاّ أن يثبتوا أنها لهم فتقسم بينهم على الوجه الذي أثبتوا عليه، خلافاً لابن القاسم ومالك وجماعة من الصحابة. انظره في سماع يحيى من السداد والأنهار[1].

وسئل عن بيّنة شهدت بزنقة ضيّقة من أعلاها إلى أسفلها وحدودها إلى أن تخرج إلى الطريق العظمى وأنهم خبروها كذلك تحاز بحوز الأحباس ويمرّ الناس فيها على مرّ الليالي والأيام وحازوها بمعاينة بينة أخرى، هل يجب الحكم بها وإخراج بعض ما اقتطعه الجيران [41 ب] فيها وأدخله جنّته حتى قطع المرور منها وبقى أسفلها لا ينفذ لأعلاها؟ وهل يحتاج في العقد أن يقول الشهود منذ عقلوا أم لا؟ كما نصه المتقدمون، وهل يحتاج في المدة إلى ذكر المدة التي عرفوها أم لا؟ لأنهم أخبروا عن علمهم ولم يُشهدوا غيرهم بخلافه فصارت بمنزلة من شهد لمن يصح الحوز عنه بها من صغير أو غائب فلا يحتاج أكثر من أن يقولوا: ما نعلمها ملكاً لفلان أو في حوزه قبل صيْرورتها بيد هذا، فكانت لمتقدم الملك أعمل إلاّ أن يبطلها حوز أو نقل ملك.

وكذا الشهادة في هذه الطريق شهدوا أنها في حوز جماعة المسلمين حتى تعدى عليها فقطعها فلا يحتاج لأكثر. وطول حوزه باقتطاعه غير جائز إذ لا يُحاز الطريق. والمسألة المشروط فيها طول المدة قامت للمطلوب بينة أنها طريق محدثة بلا حد حسبما وقع في الرواية. فهنا الشهادة للملك الأقدم عاملة إلاّ أن يأتي من طول المدة ما يُحاز عليه به في الطريق.

فأجاب: العقد صحيح ولا يُخِلُّه عدم ذكر من غفلوا إذ قد لا يعرفه من غفل ويعرفه بعد ذلك، ولا إشكال في ذلك. وكذا ذكر المدة ليست بشرط في صحة المسألة للمعنى الذي ذكرت وغير ذلك، وصرف الطريق والحكم بالعقد بذلك واجب، ويهدم كل ما أحدث من بناء ولزوم المرور عليها لازم فأمْضِه من قضائك مُعَاناً.

وسئل عمن شهد عليه شهود بأنه أدخل طريق المسلمين في أرضه منذ

---

(1) كذا بجميع الأصول.

عشرين سنة وتملّكها فأنكرَ وطعن في شهادتهم هذه المدة وعدم إنكارهم، وأنه وقعتْ بياعات في الأرض التي فيها هذه الطريق بشهادتهم ولم يغيّروا فاعتذروا بالجهل عما يلزمهم في ذلك ولم يغيّروا وقالوا: إنّما أشهدنا على بيع هذه الأرض ولم نشهد بدخول هذه الطريق في البيع وعلمنا عدم دخولها في البيع ولا شرطت فيه، هل يقدح في شهادتهم سكوتهم عن البيان وقت البيع أو لا مع طول المدة؟

فأجاب بأنه لا تُقبل الشهادة بما ذكر لعذرهم عن ترك القيام بشهادتهم لأجل أنهم لم يدعوا إليها، هذا الذي أقول به مما نقل فيه.

قلت: هذه إحدى المسائل التي لا يُعْذر الجاهل فيها بجهله لأن ذلك من حقوق الله تعالى كالطلاق ونحوه، لكنه هنا فيها زيادة أن فيها حقاً للعباد وهم المارة، وذلك من حقوق الآدميين، فلذلك أختار فيها أنها لا تبطل لعدم القيام بها إن لم يدعوا لأدائها، وقد اختُلف في حقوق الآدميين هل يبطلها عدم القيام بها أم لا؟ وأما حق الله تعالى فإن كان رآه وتركه عمداً بطل القيام إذا تراخى. واختلف إذا ترك ذلك جهلاً على طريقين فحكى في شهادات المقدمات قولين وفي كتاب الشفعة منها الاتفاق على إبطالها. انظر مسائل الجهالات في شفعتها وقد تقدم منها طرَفٌ.

وسئل أيضاً عمن اقتطع للمسلمين في ربعه فغرسها واغتلّها زماناً ومنع الناس منها، ثم قامت بيّنة في ذلك وحيزت ولزم خروجها، ما ترى في ذلك هل هو جرحة أم لا؟ وفي ما اغتل منها؟ وهل قطع بعض الطريق أو كلها واحد أم لا؟

فأجاب: يلزم من قطع الطريق عالماً بذلك مستخفاً بارتكاب [42 أ] المحظور الأدب مع طرح الشهادة ولا يجب عليه في ما اغتل ولا غرس شيء من الغرامة إذ ليس الطالب بمعين على ما في علمك من الخلاف، وهو أحد أصحاب الحقوق في المرور. وقيل على علمك إذا انفرد أصحاب الحبس بالمنفعة دون بعض أنهم يُقضى لهم بحقوقهم في المستقبل خاصة، فكيف

بالطرق إذ ليست بموضوعة لغلة وباء بالإثم فإن تاب بقيت عليه تباعة من منعه المرور المدة التي أدخلها في جنانه ويحاسَب عليها فيجب أن يتصدق ويفعل الخير رجاء تكفير ذلك. ولا تبطل الشهادة بترك القيام بها هذه المدة. هذا المختار مما قيل فيه إذ قد يكون له عذر بعدم دعوته للقيام أو تأويل يُعْذَر به.

وفي الطرر عن الباجي في وثائقه أنّ ذلك جرحة في شهادته إنْ كان اقتطاعه عن معرفة وقصد وإن كان لا يضيق ولا يضر بالمارة وإن كان القاضي أيضاً أخذ بقول أصبغ فلم يهدمه. ولأشهب مثل قول أصبغ. وظاهر قول أصبغ إنّما يكون جرحة إذا أضرّ اقتطاعه بالناس وأتى ذلك بمعرفة، وإن لم يضر فلا يكون جرحة. انظر في الثاني لابن سهل. ولابن المواز: إن كان أدخله من المحجّة غرمه المقتطع خلافاً لما تقدم لابن رشد. وفي الشرح يجوز كراء الفناء لما فيه من الانتفاع حسبما كان له فيه.

قلت: وكان شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ يقول: وكذا من جعل جسوراً في الطريق لجلب الماء لرسمه فيُوعِر على المسلمين الطريق وربما قطعها زمن الشتاء فهو عزله من قطع الطريق في إسقاط شهادته. ووقعت في زمن شيوخنا: كان بعض العدول جعل جسْراً لجلب الماء إلى موضعه في الطريق فسمع قاضي الجماعة فبعث لمن يراه ويعزله بسبب ذلك فسبق إليه بعض من أخبره الخبر فمحاه وعمّى أثره، فلما خرج من ينظر فلم يجد شيئاً فعوفِيَ من العزلة.

ابن حدير: إذا شهدت بينة بأنه اقتطع من المحجة وأدخله لداره وشهدت أخرى أنه لم يقتطع شيئاً وحازت كل بينة ما شهدت به.

فأفتى ابن حارث وجماعة ذكرهم بأنه يؤخذ بأعْدَل البيّنتين بعد الإعذار إلى الفريقين. وزاد أصبغ منهم أن قول استزاد من المحجّة أتمّ وأقوى. وعن ابن زرب إن كانت بيّنة عدم الزيارة أعْدَل من الأخرى أو مثلها حلف عليها ولا يهدم منه شيء. ومثله قول ابن خزيمة وزاد: وله رد اليمين. ولابن القاسم بن خلف: الأصل في هذا النوع من الشهادات إن مَن نفى شيئاً وأثبته غيره مما يمكن فالقول قول المثْبِت لأنه علم ما لم يعلم غيره. فالشاهدون بالاقتطاع علموا ما لم يعلمه

النافون. ثم في ذلك مسائل، ثم ذكر اختلاف الأصوليين في ترجيح أحد الحديثين إذا كان أحدهما مثبتاً والآخر ينفي. وجلب أحاديث انظر ذلك فيه.

وفيه إذا هدم من البناء في الطريق مما أدخل في الدار المشتراة فأراد المشتري أن يرجع بالثمن بمقدار ما استحق من الدار لأجل الطريق، فقال قائلون ما تركت إلاّ لوجه الانتفاع لا على وجه الملك واختلف في نقض بنيان ما انهدم ولم تقم على صفته بيّنة.

فأجاب ابن زرب بأنه يُقْضَى الثمن [42 ب] على قيمة القطيع المستحق على حالته التي كان عليها وقت البيع، فما صار من ذلك القطيع المستحقّ رجع به المتبايعان بعد المحاسبة بما أخذاه من الحجارة والنقض والقراميد مقلوعاً. والقول قول المتبايعيْن بعد أيمانهما في ما يدّعيان معرفته من صفة القطيع والحوانيت والدار. ولهما ردّ اليمين وما جهلا معرفته، فالقول فيه قول المتبايعين مع أيمانهما، وليس ما أبيح للمتبايعين من الارتفاق فالمستحق مما يعارض فيه المتبايعان لأنه استحقاق لجميع المسلمين. وعن ابن حارث مثله ووجه عدم الرجوع بالارتفاق لأنها هبة متأنفة بعد وجوب الحق. ووجّه ابن ميسور ذلك بأنها إنّما أبيحت للدار فينتفع بها كما فعل في سائرها، لما ذهب إليه بعض أهل العلم من إباحة مثل هذا في الارتفاق في المحجّات الواسعة التي لا تضر، ويقصد بها المواضع التي كانت منها لقوم بأعبائهم فصار المباح منها لها لما روى عن مالك في القوم يبتاعون سلعاً من رجل في صفقة فيحط البائع أحدهم شيئاً أو يزيده فهم يشتركون في تلك الزيادة أو الحطيطة إن كانت الزيادة بسبب صفقتهم، إلاّ أن يعرف من الموهوب أو الواهب صلة أو سبب أوجَبَ ذلك، انظر بقيته.

وفيه: إذا ضيّق المجاورون لقناة أو طريق بحوانيت أو مصاطب وتوابيت حتى ضاق الزقاق وعطبت القناة حتى تعطّلتْ من ذهاب الماء فيها، فقال ابن زرب وأصحابه: تأمر من قُبِلتْ شهادتهم بحيازة القناة المغطاة وحيازة ما ضيق من الطريق، فإذا ثبت الحق والحيازة وأعذرتَ إلى المجاورين في ذلك، فإن لم

يكن عندهم مدفع أمرتَ بهدم ما أحدِث في الطريق وكشْف القناة وإعادتها إلى ما كانت عليه في القديم.

وفيه: إن قوماً من عمال إستجة[1] غصبوا أملاكاً وثبت ذلك وحيز كما يجب وأمرْتُه باعتقال الأملاك وكان بعض الشهادة على قوم أموات فوجب إثبات موتهم وعِدّة ورثتهم على القائمين فلم يجدوا من يشهد لهم في بعضهم وطال ذلك ومضت به مُدد، وطعن العمال في شهادة الشهود ومن عدّلهم وهم فقهاء الموضع وقالوا: استخرجنا إلى جميعهم وجميع أهل الكُوَر المغارم اللازمة لهم وإقامة الحدود عليهم فأدّى ذلك إلى أن شهدوا علينا الباطل، فهل يُقبَل هذا الإعذار منهم أم لا؟

فقال أصبغ بن سعيد: الذي جرى به العمل والحكّام عليه وهو واجب إن مَن قام على ميّت إثبات وفاته وعدة ورثته، فإن لم يستطع إلاّ بعد إمهال أمهلتَه ويعقل ما قِيمَ فيه، فإذا قال: لا طاقة له على ذلك أطلقْتَ العقلة ويكون العقار بيد مَن أقْضى في يديه ولم يقض بتعجيز الطالب للعذر ومتى أتاك بشيء نظرتَ له. وأما إعذار العمال بقولهم فليس بشيء ولا هو مدفع. ولو قبل إعذارهم بما قالوا لم تقبل عليهم شهادة من عمالهم. وأعوذ بالله لرهب الناس والذهاب بأموالهم. وعن ابن حارث: الذي أقول به ولم يجده ويظفر به من ورثة الموتى فسبيله سبيل الغائب يُحكم عليه وترجى له الحجة ولا تبطله حقوق الطالبين لعدم أعيان المطلوبين وذلك[43 أ] بعد الاجتهاد والإعياء في طلبهم، ولا أرى استئناف الاعتقال مدة بعد مدة الخصومة، فقد مضى من أوان الخصومة ما يحرك مَن له حق لو كان حاضراً عالماً والعذر إليه بعد ثبات الحق إنّما هو في معنى المدعي المبتدىء بالدعوى على خصمه لأن حق خصمه ثبت، فالإعذار إليه إنّما هو إعياء في الاجتهاد في الحكم. فإذا ادعى شيئاً يدفع ما ثبت عليه فهو مدّع إذا أثبته وأبانه وإلاّ حُكم عليه، فلذلك رأيت حكمه حكم الغائب. وما ذكره من العمال من الوجه الذي اجتزأ به في إسقاط الشهادت فمن أثبتوا على

(1) إستجة: من المدن الأندلسية القديمة، تقع في الجنوب الغربي من مدينة قرطبة.

عينه من الشهود أو من المعدّلين لهم إنهم استخرجوا إليه بأوهام توجب العداوة في نفسه خاصة أو من يليه فشهادته وتعديله ساقط لظهور عداوته، فأما على الجملة إن كان عاملاً لقبض المغارم ويحبس ويؤدب فلا حجة لمن احتج بذلك.

قلت: نزلت بالقيروان مسألة، وهو أن رجلاً قدمه الإمام لقبض المغارم والبحث عليها بالبلد المذكور فشهد عليه أناس بأنه وقع بلفظة توجب القتل أو الأدب الشديد في حق الجناب الرفيع، وعدّل الشهود عدول فاحتج بأنه عامل ظالم لهم فلهذا شهدوا عليه وعدلوا، فأفتيت بما رأيته في هذه المسألة وعرضته على شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ فجوّدَهُ في ظني.

وفيه: قام قوم من أهل إستجة بوثائق تقتضي بأن الأملاك المذكورة فيها لهم وأن وكلاء بعض أهل الحرم غصبوها منهم وضمّوها إليهم وأنزلوا فيها أزواج مناصفيهم وحيزت الأملاك وثبت وأمرتُ باعتقالها أو أبقيتُ الأملاك بيد الذين ألفيتُ الأملاك بأيديهم وقضيتُ لهم.

فعن أصبغ بن سعيد: إذا ثبت غصب الوكلاء الأملاك للذين ينظرون لهم على ما مر أيعذر للذين ألْفيتْ الأملاك في أيديهم وغصبت لهم إن كان عندهم حجة بسبب أنفسهم أو بسبب وكلائهم ففيه إجماع الإعذار إلى الوكلاء وإلى مَن ألفيتْ الأملاك في أيديهم ولا حاجة للإعذار للوكلاء إذا لم يكن فعلهم لأنفسهم كما شهد به عندك. وعن ابن زرب: الإعذار واجب إلى من ثبت عليه الغصب وإلى من ألفيتْ الأملاك بيده، فإن لم يكن له مدفع وجب عليه الحكم والتسجيل، وأما إنفاذ الحكم بغير إعذار لمن اغتصب فليس ذلك بواجب إلاّ أن يكون غائباً فترجى له الحجة. وعن ابن عبد ربه: الإعذار واجب إلى مَن ثبتَ عليه الغصب، والإعذار إلى الوكلاء إن سُمُّوا بأعيانهم وإلى من ألفيتْ بأيديهم، وإن لم يكن الوكلاء بأعيانهم فالإعذار إلى من غصب ذلك ومن ألْفيت بأيديهم ويجزي ذلك.

وفيه: من أثبت ببيّنة أن فلاناً غصبه أملاكاً وقد كانتْ خرجتْ من يد هذا الغاصب ببيع وباعها المشتري من آخر، فهل يكون الإعذار إلى الغاصب أولاً أو

من المبتاع الأخير التي الأملاك في يده أو لجميع من دارت في يده؟

فأجاب ابن حمدين تقي بن مخلد[1] بأن الإعذار إلى المشهود عليه بالغصب وإلى الذي بيده، واجب إن ظهر عندك انتقال الأملاك إلى من انتقلت إليه بعد خروجها من يد الغاصب فواجب الإعذار إلى جميعهم. وعن ابن حارث: إنّما يُعذر إلى من بيده الأملاك في الشهود وما شهدوا به ولا يُسمع من بيّنته[43 ب] أنه اشترى من فلان لأنه لم يسأل عن ذلك ولا أعذر إليه فيه إنّما يقال له: إن كان لك مدفع في الشهود أو في الشهادات فأت به، وتفسير المدفع ما يوجب إسقاط عدالتهم أو شهادتهم، والمدفع في الشهادة أن تكون فاسدة أو ناقصة بوجهٍ من الوجوه الموجبة لذلك. فإما أن يكون المدفع أنه اشترى من فلان ومن سأله عن هذا أو من سمعه منه إذا أتى به هذا الذي لا بد منه ولا يعرفه أو غيره، وإذا كان ذلك فلا يجب الإعذار إلى الذين انتقلت بينهم الأملاك وإنّما الإعذار إلى المستحق من يده الأملاك.

قلت: فتكون الخصومة معه خاصة وقد نص عليه الشعبي فقال: وإذا قام مستحق فإنّما يطلب المشتري بعين شيئه فإذا ثبت له بالبينة استحقه وحينئذ يرجع المشتري على البائع ويطلبه لا قبل ذلك، انتهى، فيكون حينئذ الإعذار للبائع كما كان للمشتري وهكذا حتى يصل إلى الأصل. وهذا معنى كلام بن بقي وإن ظهر عندك إلى آخره.

وفي الحديرية أيضاً: في من أثبت أملاكاً بإستجة وأنها لم تخرج عن ملكهم إلى أن تسوّر عليها واثق وأخرجهم على وجه الظلم ولم يدفع حقاً وحيزت الأملاك عنه واعتقلها فذهب الغاصب إلى أراض زرعها من ثمرة كانت من هذه الأملاك وأبى أحد القائمين وبقيتهم غابوا. فعن ابن زرب: تُعقل الأملاك عن التزريع إلى أن يجمع الطالبون والمطلوبون على ذلك بأمر جائز فينفد، وإن كرهوه أو بعضهم عُقلتْ ولم تزرع. وعن ابن زرب[2]: تزريع

---

(1) ورد العلم في مختلف الأصول مضطرباً مختلفاً.

(2) في أ: عن أيوب، وفي ج: عن ابن أيوب.

الأرض وكراؤها من النظر للفريقين وتوقيفها ومنعها ضرر، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عنه إلى ما فيه إضاعة المال. وعن أصبغ بن سعيد: الذي أقول به إن الأرض تكرى وتعمر على ما يجوز من الكراء ولا تزرع من غلة الثمرة ولا تعطى لمن يزرعها من قبل نفسه على المساهمة ويوقف الكراء مع غلة الثمرة. فمن قضي له بالرقبة أخذ الكراء وغلة الثمرة.

قلت: وهذا مقتضي مسألة المدونة.

وفيه: من ثبت عليه أنه غصب أملاكاً فضُربت له آجال وانصرمت، فقال بعد هذا: لا حق فيها وإنّما هي لأخيه.

وأجاب ابن خزيمة: أرى أن لا يعذر في هذا إلى الأخ وإنما جرى في كلام الغاصب دون أن يدّعيه الطالب، وأرى أن يسجل عليه. وعن ابن زرب: إن أُلْفيتَ الأملاك بيد أحد من سبب الأخ فيُعذَر فيه إلى الأخ، وإن لم يكن كذلك فلا يجب الإعذار إليه ويسجّل عليه بجميع ما ثبت عندك.

وفيه: إذا كان المطلوب غائباً سمع عن بيّنة الطالب ويجاز ما شهدت به ووجهتَ من يحضر الحيازة، فإذا ثبت ذلك أمرتَ باعتقال ما حيِزَ من الدور بإخراج ما فيها وضرب الأقفال عليها ويفعل ذلك في الأبرجة والدور وتقدم على الأجنة والثمرة من تثق به وتنظر في ذلك ما يجب النظر فيه وتوقف ما حصل من غلتها إلى حين الفصل وتعتقل الأرض بأن لا يحدث فيها بيع ولا غيره إلى أن يستكمل بقية النظر.

ابن الحاج: أصبغ يرى أن يقام للغائب وكيل يحتمل أن يكون كوكيل الغائب ويعجز بعجزه[44 أ] ويحتمل أن لا يكون مثله وتُرجى الحجة للغائب. وفائدته على هذا أن الطالب قد يقر بما للغائب فيه منفعة فيقيّد عليه، ولا يرى ابن القاسم بإقامة الوكيل له وتُسمع حجة الطالب، فإن ثبت حقه في الربع مثلاً فإن كان مثل سرقسطه كتب إلى قاضيها في الإعذار للمطلوب فإن عجز حكم عليه وقطع حجته. وإن كان مثل الإسكندرية ومصر في الدفع حكم عليه وأرجأ حجته حتى يقدم.

وأما العبد إذا ثبت عليه القتل وسيّده غائب غيبة بعيدة فلا بد من الإعذار لسيده لأن العبد إن قُتل لم تبق له حجة إذا قدم، والخلاف في الصغير كالغائب. وقول أصبغ أبْيَن لأن الوكيل له من الكشف أكثر من القاضي لاشتغال القاضي بغيره. ولو تأتّى له البحث والكشف لا يستغني عن الوكيل وهذا في الدعوى عليه. وأما إذا كان الحق له فلا يصح إلاّ بوكالة إلاّ أن يغصب له شيء أو يأبق أو أمر يُعلَم أنه تعدى عليه فينظر له من غير وكالة. وكذا لو كان له ديْن على من يخشى فقره أو أراد سفراً لبلد بعيد أو طعام يُخشى فساده فينظر له.

قلت: في القيام في حق الغائب خلاف مشهور ويقدم من كتاب الرد بالعيب القولان، وردَّهما عياض لقول واحد. وكذا أخذ من كتاب الشفعة القيام ومنهم من يفرق بين القرابة وغيرها أو قرابة القريب وغيرها. انظر وثائق المتيطي.

ومسألة العبد القاتل يحتمل أن يدخل فيها قول سحنون من التوكيل في حق الغائب ولا ترجى له حجة ويحتمل أن يكون كقول أصبغ وابن القاسم لفوات المدعى فيه هنا وحرم القتل، والله أعلم.

وفي الحديرية: إذا حيزت الأملاك التي شهد فيها بالغصب ولم تجد الأجعال وقالوا إنهم حضروا حيازة الآصال دون تحديدها فقال ابن حارث لا يتممن هذا دون تحديد الآصال أو شهادة الحائزين على تلك الحدود لأن الإعذار بذلك يتم، وإذا لم تكن حدودٌ فبأيّ شيء يعذرون.

وفيه: أثبت قوم ربعاً وإن خالهم أكرههم حتى باعوه منه فأمرتُ باعتقاله وأعذرت إلى خالهم فألفى الربع بيد الأخ وقال إنه اشتراه من خاله وأثبتَ الابتياع وأنه لا مدفع عنده، فمات الخال في خلال الإعذار فأعذر إلى ورثته فاعتلوا بمغيب كتبهم وقالوا: لا يجب التسجيل علينا ولنا كتب ثابتة.

وأجاب ابن خزيمة وأصحابه: إذا ثبت عندك إكراه الخال وأعذرتَ إليه فلم يكن عنده مدفع ثم إلى ورثته فلم يكن عندهم ما يوجب النظر فاقْضِ عليهم لأصحاب الأملاك ومُرْ بإنزالهم. ولو أظهر الخال أو بنوه كتُب الأشرية فلا عمل

عليها مع ثبوت الإكراه. ويقضى للأخ بماله الذي أثبت عندك بعد ابتياعه.

ابن الحاج: اختلف في العقلة بالشاهد الواحد، والذي أقول به وأختاره أن العقلة لا تجب إلاّ بعد شهادة شاهدين يجوزان ما شهدا به شهادة تامة تقتضي جميع أقطار الشيء المحدود والمشهود به من جميع جهاته. هذا المتلقّى عن الشيوخ وأدركنا به العمل وعمل به أصحاب السجلات والعقود ابن العطار وغيره. ومعرفتهم بهذا أعم وأشهر من الشهود رحمهم الله أن الشهادة على الخط لا تجوز إلاّ في الأحباس [44 ب] ولو سئل أحد عنه ممن قال إن الخط لا يجوز إلاّ في الأحباس لما ساغ له أن يخالف مقالتنا وخطب في هذا الباب. ثم قال: الذي أختاره من ذلك وأجمعوا عليه هو دليل قول مالك في موطئه وهو الذي يخرج من المدونة واختيار سحنون وينحو إليه ما في السماع لمالك والنوازل وما في رواية حسين بن عاصم. وقال محمد: الذي كان تجرى عليه الأحكام وفُتْيا من أدركناه أن القاضي لا يحكم بشهادة الشهيدين حتى يجوز جميع ما شهدا به من دار وأرض إلاّ أن يتّفق الخصمان على الحدود ولا يحضر حيازة الشهيدين إلاّ شاهدان يعرفان عين ذلك الملك. قاله في وثائق ابن العطار.

ولمطرف وغيره في الحاكم يحكم لرجل في دار أو أرض فإن عرف الشهود صفة الأرض كلها وحدودها أو الحدود كلها وحدها ولم يعرفوا صفة الأرض أشهد له على تلك الصفة أو الحدود أنه قضى به للمشهود له. وإن كانوا لا يعرفون صفة الأرض ولا حدودها بالصفة وهم يعرفون حوزها بالمعاينة، فإن طاعوا بالخروج خرجوا فحازوا جميع ما شهدوا عليه وكتبوا بذلك كتاباً وأحضروا لذلك عدولاً. ونحوه في الجدار لعيسى فهذه إشارتهم كلهم. فأنت لا تجد ـ وفّقَك الله ـ سجلاً احتيج إلى ذكر عقد حضور الحيازة في القديم والحديث إلاّ وقد تقيّد فيه أن الشهود طافوها من داخلها وخارجها.

وسئل أصبغ عن رجل اشترى داراً بكل ما فيها وبكل حقٍ هو لها وفيها، فادعى رجل في حائط منها وأثبتَه، هل للمشتري الرجوع على البائع بالحائط المستحق؟

فقال: لا، ولا له عليه يمين إلاّ أن يزعم أنه باعه هذا الحائط بعينه فتلحقه اليمين، ولو حدّها أو وصف جميع حيطانها لكان الرجوع له بقدر الشيء المستحق. وهل إن دخلت عليه الداخلة إلاّ بترك تحديدها؟ هذا الذي لا يخفى على ذوي نظر، فلمثل هذا وشبهه احتيج إلى استيفاء الحدود. وفيه ثلاثة أقوال أحدها ما قدمناه والثاني أن الرباع لا توقف إلاّ وقف منع من الإحداث. وقوله آخراً يريد توقيف العقلة بشاهد واحد للذي في مذهبه من القضاء بالشاهد مع اليمين. واختلف في عقلة الدار في خلال الأجل في إثبات العيوب. فعن ابن عتاب لا تعتقل وعن ابن القطان تعتقل واختلف في ذلك قول مالك واختلف أيضاً في أخذها من المال. ابن عتاب: ويجوز أيضاً أن تكون بالوجه ويعرف ما على المضمون ويكون الملك في خلال ذلك من المشتري في الوخش والعلي إن كان ثقة وإلاّ وقعت بيد غيره ويأخذ من الدار حميلاً بالثمن. وإنّما إذا طلب إثبات العيب فإنّما له كفيل بالخصومة. انظر أحكام ابن سهل.

وسئل المازري عمن يختصمان في حانوت أراد الطالب عقله عن الكراء وأراد المطلوب إبقاءه مسكوناً ويعقل الكراء معه.

فأجاب: إذا كان الكراء وَجِيبة قبل الخصام ممن هو له جائز في الظاهر ثم طرأ التنازع ولا يريد الطالب والمطلوب إلاّ الكراء فلا يُخْلَى وتعقل الغلة خاصة، وإخلاؤه ضرر غير مقيد، وفيه إبطال حق مكتر سبق [45 أ] عقده بوجه جائز.

قلت: ظاهر عقل الغلة ولو لم يأت الطالب بشبهة الملك خلاف ظاهر المدونة أنّ الغلة أبداً للحائز حتى يثبت الحق.

ابن حدير: في من عدل شاهداً شهد في ملك ثم حضر حيازة ما شهد فيه، فقال محمد بن حارث وأصحابه: شهادة القوم وحيازتهم وحضور من حضر حيازتهم من المعدّلين لهم تامة والحكم والتسجيل به واجب.

قلت: مثل ما نقله عن شهود شهادتهم وتزكيته إياهم لأن كل شهادة مستقلة في ذاتها.

وسئل ابن أبي زيد عمّن شهد في أرض بياض فيحدّ بعضها ويخفى عليه بعضها.

فأجاب: شهادته في الذي حدّ جائزة وما لم يحدّ فإن قال إنه يعرف لفلان قضيَ له به.

وسئل ابن زيتون عمن اشترى أرضاً من الناظر في أشغال المخزن وبقيت نحو ثمانية وعشرين عاماً ثم باعها لآخر وأراد التصرف فيها فمنعه آخر وقال: اشتريتُها منذ أربعة أعوام من صاحب أشغال آخر، وطعن في شهادة بيع الأول بأن شهوده ليس هو بخطّهم، فأقام الأول بينة أنها خطوط أولئك الشهود، فجمع القاضي الشهود فمنهم من قال: ليس بخطوطهم ومنهم من شك في ذلك فأوقف الأرض القاضي لمن يدّعي فيها حقاً، فهل شهادة من قال ليس بخطوطهما عاملة؟ وهل من شك في شهادته معارض لمن حقق أنها خطوطهما؟ وهل ما فعله القاضي محترم لا ينبغي لمن ولي بعده نقضه أم لا؟

جوابها: شهادة من جزم بأنه ليس بخطه غير عاملة بل لا يجوز لهم القطع، وقال مالك في نحو هذا إنها زور، ولو قالوا: في علمنا لكانت شهادة من قطع بثبوتها أعْمَل وليست شهادة من وقف بمعارضة لأنه لم يتعرّض لا بنفي ولا إثبات، فإن كان توقف القاضي لالتباس شهادات الخط عليهم كان لمن بعده أن ينظروا. وفي المجموعة لعبد الملك: لو كتب قاض إلى قاض في أمر فقبله ثم عُزِل فجاءه آخر فنظر فرأى أن لا يحكم فيه، ثم رجع الأول فله أن ينظر فيه، وليس رد الأول له بحكم.

ولابن عبد الحكم: إن قامت بيّنة في طلاق أو عتق أو شراء دارٍ فأوقف القاضي ذلك حتى ينظر في الشهود، فلما طال الأمر شرح ذلك لمن وقف عليه ثم جاء من زكى البينة بعد ذلك حكم بها. وليس ترك القاضي لذلك ورده بحكم. وفي تعليقة التونسي عن عبد الملك: أن ترك الحاكم ليس بحكم. وفي المدونة: هذا حكم في مسألة إذا زوجت المرأة نفسها.

قلت: وكذا مسألة كتاب المحاربين، وتقدم حكم تعقب القاضي حكم نفسه أو غيره.

ابن حدير: في من قُدِّمَ على الشرطة فابتدأ النظر في قضية ثم صُرِف عنها إلى غيرها ثم جُعِل له النظر في قضية معيّنة أو في قضايا أخَر وربما كان ابتداؤها في خطته الأولى فهل يبني على ما مضى فيها أم لا؟ وهل يفتقر إلى إعادته للنظر في تلك القضية أو القضايا إلى ثبوت من تقديم الخليفة على ذلك أم لا؟

فأجاب ابن حارث: بأنّ أمير المؤمنين إن كان صرفك عما كُنْتَ فيه حين نقلك إلى الوزارة صرفك عن النظر في ما كنتَ فيه، فلا بد أن يجد ذلك أمراً يشهد عليه أو خطه يستفيض أمره إياك [45 ب] بالنظر لمن أمرك بالنظر له، ثم لا تستغني حينئذ أن يثبت عندك بشهادة عدلين ما كنتَ نظرتَ فيه إلى مبلغه إلاّ أن يتقارر الخصمان عندك بشهادة عدلين بما كان من ذلك حين نظرك الأول، لأن نظرك الثاني نظر آخر تقدم القوم إليه. ومن الواجب أن يُخاطب ـ أبقاه الله ـ في جميع ذلك ليرى رأيه الموفق فيه، وأنت أعلم بذلك مني. وإن كان لم يصرف النظر عنك فينبغي أن تستمرّ على نظرك ولا تحتاج إلى تجديد خطة ولا إشهاد على أمره إياك بالنظر، لمن أمرك بالنظر له، ولا يحتاج من تهاديتَ له في نظرك إلى تجديد شيء مما سلف له عندك[1] لا من بينة ولا تعديل ولا إقرار ولا إنكار ولا إعذار. وقال عبد الرحمن بن بقي بن مخلد: من قول العلماء المحفوظ عنهم: لا ينفذ حكم حاكم دون إمام المسلمين إلاّ بتقديمه وتفويضه إليه الحكومة ويشتهر ويستفيض كالخطط.

وعن ابن أبي زيد: أما الحكم بين الناس والتسجيل لهم في ما لهم وعليهم دون شهرة الولاية فلا يتعذر عليك استطلاع أمير المؤمنين في رأيه ـ أبقاه الله ـ في هذا الفصل.

وعن قاسم بن أحمد: أما تسجيلك فلا ينعقد إلاّ بخطة مشهورة أو بعهد الإمام ـ أعزه الله ـ إليك بنظر يشهد عليها به أو باستطلاعك رأيه.

وعن أصبغ بن سعيد: أرى أن تسجلّ إذا أكملتَ نظرك، ولو لم تسجل ما جاز لك أن تنظر في ما جُعل إليك، ولا أقول به. والذي قال به بعض أهل العلم

(1) ثلاث جمل سقطت من أ.

أن يكون ما نظر فيه القاضي مما لا يجوز لغيره أن ينظر فيه. فأما أن يكون الإمام عهد فيه إلى غير القاضي لجاز له النظر وكان والي ذلك. وقال: إنّ الإمام عهد إليه في كذا ونظر بكذا وسجل به وأشهد عليه ولا يحتاج إلى أن يشهد على عهده في ذلك. وليس اسم الخطة يُحِلّ شيئاً ولا يحرمه وإنّما يعلم الناس أنّ القاضي قاضٍ بشهرته وكذا الخطط وكذا قضية بني عيسى قد سمع بعده فيها وانتشر على لسانك ولسان الوزراء وهو جائز في غير شيء كالخطط والأحباس والموت والنسب والولاء وغير ذلك.

وفيه: إن رجلاً كتب له الخليفة أن ينظر في ما دارَ من الخصومة بين رجلين عند قاض معيّن ولم يتم النظر فيها.

فأجاب ابن بقي بن مخلد: إذا ثبت عهد الخليفة له بذلك ابتدأ النظر في القضية ولا يلتفت إلى ما تقدم من مقالات غير منْعقدة وشهادات غير تامة. فإن ثبت عندك الوفاة وعنده الورثة ثم سمعت من الكلام ما يجب فتشاور في ما ثبت عندك من ذلك.

وأجاب ابن حارث: إن الناظر قبل هذا إذا كان عدلاً فعل ما ذكر أنه ثبت عنده وحكم به فنافذٌ لازمٌ لا يُرد إلاّ بحجة ظاهرة، ولو كان معروفاً بضد ذلك فلا يلزم من نظره ولا يتم عقده، وإن شك في حالتها ولزمتها الريبة تعقّب نظره في هذه القضية ولا يزول التعقب إلاّ بما تعذّر به الخصمان أو ثبت عندك ببينة مرضية.

وأجاب ابن زرب: إن أهل العلم أفتوا في هذا أن الحاكم إذا كان مُتَّهَماً في نظره غير مأمون استؤنفت الخصومة في ما نَظَره، وإن كان مأموناً في حكمه لم تستأنف الخصومة في ما نظر فيه.

وفيه: إن رجلاً ثبت عليه أنه أدخل طريقاً في أرضه وحِيزتْ عن الشهود، فسئل عن ذلك فقال: لا مدفع عنده[46 أ] إلاّ في الوجهين للحيازة. ثم أراد أن يقوم ببينة تقتضي حدوث الطريق عليه وقال: لا علم لي بها وهذه الطريق تمر على آخرين لكنهم لم تزلْ الطريق عندهم مباحة وأرادوا القيام، فهل يُقضى عليه

قبل سؤال القائمين ثانياً أو حتى يُسأل القائمون فحينئذ يُحكم على الجميع؟

فأجاب محمد بن إسحاق بن إبراهيم بأن يباح للمقوم عليه المدفع في شهود الحيازة ولا يهدم ما بنى في الطريق حتى ينقضي الأجل وهو ثمانية وعشرون يوماً، فإذا انقضت ولم يأت بحجةٍ هدم الحائط ولا تسمع منه بينة بعد قوله لا مدفع.

وعن أصبغ بن القاسم: لا يباح له مدفع في شهود الحيازة ولا تُسمع بينته بحدوث الطريق ويُقضى عليه قبل أن يجب القضاء على من جاوره ممن قام في الطريق ولم يحدث فيها حدثاً. وقد تقدم الخلاف في الإعذار في شهود الحيازة وما لابن رشد فيها.

وفيه: إن رجلاً قام بعقد استرعاء بطلب إثباته على رجل فقال هذا الرجل: إنه ساقط بإشهاد القائم على نفسه بأنه قطع دعواه عني وإن كل بينة مسترعاة قديمة أو حديثة فهي ساقطة. فقال القائم: إني لم أفهم هذه الوثيقة المنعقدة بيني وبينك وهي معقودة على إنكار.

جوابها: إن شهد بها فإنها تمضي على القائم، فإن قوله «لم أفهمها» إبطال لها وتزوير لشهودها. وهذا باب عظيم إن ثبت للخصوم بطلت به حقوق كثيرة وبينات محقة وسدُّ هذا الباب واجب.

وفيه: إذا شهد خصمان على صلح ثم تناكرا الصلح وادعى أحد الخصمين أنه وقع فاسداً على خلاف ما وقع به الإشهاد، فإن وافقه الآخر فإنه يجب فسخه لفساده. ويدخله الفساد من أنه انعقد على ثياب وحلي وجارية ممنوحة بذهب وهوغير جائز ويجب فسخه.

وفيه: إن ابن حجاج قام بوثيقة على حسان وشهد فيها ثلاثة من قبل على حسان ولم يشهدوا علي عينه، فلما أعذر إليه قال: الوثيقة مفتعلة وأتى بشاهدين من الثلاثة فرجعا عن شهادتهما وشهد عندي رابع أن الشخص المشهود عليه ليس بحسان وشهد خامس أنه لا يعرف المشهود له وسادس أن الخط ليس بخطه وأن حسان لم يشهده، فاسترِبْتُ في الوثيقة، فعرِّفوني ما الواجب؟

وسئل ابن زرب بأن الاسترابة ظهرت في الوثيقة بما ذكرت غير أن التثبتَ واجب، تستحلف الباقين من المشاهير وأهل التبريز فيها فإذا عرفتَ ما عندهم فيها وخفتَ الريبة نظرتَ فيها باجتهادك، ويأجرك الله عليه. وبمثل هذا قال أصحابه. وزاد ابن خلف منهم: إن الريبة إذا صحت وجبت معاقبة المزوّر له على حسب اجتهادك ثم راجعهم أنه قد استجاب ما حضر من مشاهير الشهداء فيها فأدرجت لكم بالوثيقة وبما استظهر ابن حجاج من صلاح أحواله، وشهد بذلك أعلام ومقانع[1] وأن ابن حجاج إنّما كان وكيلاً لزوجته وأنها هي التي الوثيقة[2] ولا علم لي بهذا، فظهر لي سجنه بسبب إبدائه الوثيقة وسجنتُه منذ أيام وأنا متماد على ذلك حتى يأتي من قِبَلكم ما اعتمد عليه في الوثيقة.

فأجاب أصبغ بن سعيد: إن من أنكر الخط وقال[46 ب] إنه لم يشهد، أو من عرف خطه وقال لم يعرف مَن شهد عليه فلا يعمل عليها بشيء. ومن وقف على خطه وقطع بالشهادة وهما من أهل العدل واليقظة وهؤلاء أولى أن يعمل بشهادتهم. وما ذكره ابن حجاج أنه وكيل للمرأة مع ما شهد له من الاستقامة من الأعلام والمقانع، فهذا مما يوجب أنه لا حبس عليه ولا غيره من الأدب. والذي أقول به على الاحتياط والاستبلاغ أن يحلف ابن حجاج في مقطع الحق أن هذه الوثيقة دفعتْها له زوجته ليقوم بها ويخلى سبيله ويقوم بالوثيقة لزوجته على أنها بشهادة مَن حققها ولا يقطع حق مسلم باسترابة من استراب مع من لم يسترب، إلاّ أنّ من قال الخط خطه ولا يعرف من شهد عليه يؤديها كما يحمل ولا ينتفع بها ولا أوجب على من قال بها شيئاً.

فأجاب ابن حارث: إنّ ما مضى من نظرك وفعلك محض صواب لأمْر يطول جلبه. وما احتج به ابن حجاج يُشبه أن يكون صادقاً. وما مضى من سجنه كافٍ فإن كان حقاً فقد أخذ بحظه من العقوبة ومذهبي إطلاقه من السجن وتحليفه ولا وجه له لأنه لم ينقله عما كان عليه. وأما الوثيقة فالصواب عندي حملها على القطع إذ لاحظ لها في البراءة من الريبة.

---

(1) المقانع: الشهود الذين يُرضى بشهادتهم.

(2) كذا بجميع الأصول.

وقال ابن زرب: إذا ظهر في الوثيقة ما ذكرت فيجب التسجيل بإسقاطها وبما ثبت عندك فيها وغير ذلك مُوكَل إلى نظرك ولا وجه لتحليف ابن حجاج.

وفيه: من قام بعيب في جارية مبيعة لأخته بوكالة على بائعها فقال إنهما قاما عليه وإنه صالحهما من جميع عيوب هذه الجارية بمال قبضاه منه وأنكرا ذلك من قوله فطلبت يمينها.

فأجاب ابن حارث وأصحابه بأنه لا وجه ليمينها ولا شبهة لقوله لو أظهراها إذا قال إنه صالح ولم يعيّن العيوب المصالح عنها فهو عيب ضعيف فكيف مع الإنكار وسقوط اليمين بسبب اضطراب الدعوى.

وفيه من هذه المسألة أن القائم أثبتَ عيوباً قديمة يجب الرد بها فأعذر إلي البائع فادعى على الوكيل وأخته أنهما عرضا للبيع وأنه كما وصله الخبر وشهد بذلك شهود ضعف عن تعديلهم وطلب يمين الوكيل وأخته. فقال ابن خزيمة: لا تجب اليمين في هذا عندي إلاّ بشبهة قوية. ومثله قال عبد الرحمن بن مخلد وزاد: قد طلب البائع اليمين من غير هذا فلمّا لم يجب له انتقل إلى دعوى ثانية. وعن ابن عبد ربه: اليمين واجبة على الموكلة بسبب ما وقعت به الشهادة من تعريضها للبيع بعد الخصومة ولها رد اليمين على البائع. وبمثله قال ابن زرب وابن حارث: لا يمين على الأخ إلاّ أن يكون مفوضاً لأخته على البيع والشراء والنظر لها.

وفيه في هذا المسألة بعد الحكم على البائع بصرف الثمن على المشترية ادعي أنه وجد الخادم تغسل في الوادي للمشترية بعد اطلاعها على العيب وفي زمن الخصومة وأخبره بذلك مُخبر ثقة وأخرجت إليه الخادم وقبضها بزعمه وطلب يمين المشترية بذلك.

فأجاب ابن عبد ربه: لست أرى على المشترية يميناً إذ قد وجب الرد ونفذ الحكم بالفتوى. وقال ابن أبي زيد: قد كثُر[47 أ] اضطراب هذا الرجل في دعاواه وقصده ترجيح المشترية باليمين فإن لم يأت بظهير بيِّنٍ على دعواه فلا يمين عليها. وعن ابن خلف: الذي أراه أن اليمين واجبة عليها دون أخيها.

وعن ابن الهندي: إذا ذهب البائع إلى تحليف المبتاع على أنه لم يستخدم ولم يتسوق منه رأى العيب، فإن قطع البائع بذلك أحلفه وله رد اليمين على البائع، وإن لم يقطع وزعم أنه أخبره مخبر حلف لقد أخبره مخبر أنه تسوّق أو استخدم وحينئذ يحلف المبتاع أنه ما فعل. وعن ابن أيمن: يستحلفه لقد أخبره مخبرُ حق أن المبتاع فعل. وقال: إذا حلف بهذا انقطع الإلغاز في اليمين. وهذا ابن أيمن: استقصاء واليمين دونها كافية لأنه يحلف على نية المحلف. وإن أتى البائع بالمخبر أو ببينة وإن لم تكن مقبولة فهو شبهة توجب اليمين على المبتاع. وفي التبصرة للخمي: إن كان المخبر عدلاً حلف معه وكذا إن كان حسن الحال وليس بعدل وإن كان ساقط الحال لم يحلف معه.

قلت: ظاهر المدونة أنه يحلف كيف ما كان المخبر كما تقدم لابن الهندي أولاً، فقال: لو دلس البائع بعيب في العبد فليس له أن يحلف المبتاع أنه لم يرْضَ به بعد علمه إلاّ أن يدعي علم رضاه بمخبر أخبره أو بغير ذلك أو بمخبر أخبره أنه تسوق به بعد علمه بالعيب أو رضيه أو يقول قد بينته له فرضيه، وكذلك إن قال له: احلفْ إنك لم تَرَ العيب عند الشراء فلا يمين عليه حتى يدعي أنه أراه إياه فيحلفه أو يقيم بينة فيقضي بها.

وفيه أيضاً: من ابتاع عبداً فأبق منه بقرب البيع، فقال المبتاع: أخشى أنه لم يأبق بقرب البيع إلاّ وقد أبق عندك فاحلفْ، فلا يمين عليه، وما جهل أمره فهو على السلامة حتى تقوم بينة.

وفيها أيضاً: إذا طعن المبتاع في عبد ابتاعه ولم يعلم به عيباً إلاّ من قوله، فقال للبائع: احلفْ إنه لم يكن به يوم بعته عيب، لم يجب بذلك يمين على البائع لا على البتّ ولا على العلم حتى يدّعي في عيب ظاهر أنه باعه وهو به، ولو مكّن من ذلك أحلفه كل يوم على ما شاء إنه لم يبعه وهو به. انتهى

وصورة الطعن أن يعيّن عيباً يقول كان به عند البائع وهو الآن ليس به مثل السرقة، أو عيباً مبْهَماً يقول إن به عيباً كان عندك. وهذا الكلام من المدونة يشهد لمن قال من الفقهاء إنه لا يمين على المشترية في المسائل السابقة لكثرة الدعاوى من البائع عليها.

وفيه: إذا ادعى أحد المتخاصميْن أنه صالح على البت وقال الآخر على الخيار، فعن ابن زرب: القول قول مدعي البت ويحلف على إبطال دعوى الخيار، وله ردها على مدعي الخيار فإذا حلف رجعا إلى الخصومة. وعن ابن حارث: هذان الرجلان ترددا عليّ مراتٍ ودار بينهما من الاختلاط والتناقض وكثرة ذلك ما أوجب توقفي عن الكلام في قضيتهما، وكنتُ أرى مع كثر هذا أن أجْريهما على ما أجراهما صاحب المظالم من الصلح، وتصريفهما إلى من يكفيك شأنهما ويعقد بينهما ذلك.

قلت: في وكالتها إذا ادعى البائع أنه باع على خيار وقال المبتاع على البت، فالقول قوله مع يمينه. وفي غيرها عن أشهب القول قول مدعي الخيار وكل منهما على أصله في تبعيض الدعوى [47 ب] وعدم تبعيضها. وانظر هل يتخرج على أصل أشهب من مسألة الصلح أن القول قول مدعي الخيار أولاً؟ لأنهما يرجعان إلى الخصومة فتنْبني عليه مفسدة ليست موجودة في مسألة البيع. وهذا الصواب.

فيه أيضاً: إذا تصالحا على أن يخرج الخصمان رَفاً على حائط بين داريْهما ويكون مصب ماء هذا الحائط على دار الآخر، ثم رجع الخصم فقال: كان هذا ولكن لم أعرف مقدار ذلك وجهلتُه، وكانت امرأة. فقال ابن عبد ربه: رأيت ما صالحت به المرأة وزوجها خصمها من الرفّ وما ذكر معه ولكنهما غير محدوديْن ولا محصوريْن بصفة معروفة فإن شهد الشهود بصفة معروفة معلومة مقدرة لزمهم ما شهدوا به عليها بعد الإعذار.

وعن ابن حارث: المناظرة بين المتخاصمين ليست في مقدار الرفّ وما معه وإنّما تناظرا في انعقاد الصلح. والذي أرى أن يلزم الرجل وزوجته ما التزما من ذلك، ولا يُقبَل قول الزوجة إنها رضيت بما لم تعرف قدره لأنها أقرتْ بالرضى وادعت الجهل على وجه لا يلزمها به الرضى فهي ساقطة. فإن تناظرا في قدر الرف نظرتَ في ذلك في المستقبل.

وفيه: في أخ التزمَ لأخيه وأخته مثل الذي التزمَهُ لهما أخ رابع سمَّياه في

قطع دعواه عنهما في ميراث أبيهم من قليل الأشياء وكثيرها من ميراث وغيره، ولم يبين الرابع جميع ما كان التزمه. ثم ذهب هذا الأخ الذي التزم لهما مثل ما التزم أخوه أنه لم يقصد به إلاّ أشياء معينة صارت لهما بالميراث لا غير ذلك من قليل الأشياء وكثيرها وذهب إلى طلبها في غير ما عيّن وادعى أن في كتب الوصية أشياء يجب تنفيذها مما لم يقف على ذلك إلاّ بظهور الوصية. فأفتى ابن أبي عيسى وأكثر أصحابه أنه لا يلزم الأخ إلاّ ما نص وفسّر من الأملاك المذكورة بعد يمينه أن ما التزم من الإبراء إلاّ ما نص عليه من الأملاك المذكورة وأنه ما التزم سائر ذلك من الإبراء مما التزمه أخوهم الرابع وله رد اليمين عليهما.

وقال ابن خلف: الذي أعتقدُه أنه يلزم هذا الأخ الإبراء من جميع ما عيّن وغير ذلك مما تركه أبوهم من قليل الأشياء وكثيرها كما التزمه أخوهم الرابع لأن إبراءهم مثل إبرائه وهو عام فحلّ هذا الأخ محلّ أخيه في جميع ذلك لأنه عرف قدره ومبلغه، وما ادعاه من أن في الوصية أشياء لم يقف عليها فالوصي مؤتمن على ما أوصِيَ عليه والقول قوله إلاّ أن يثبت ما يوجب نظراً فينظر السلطان بالأصلح.

وعن ابن حارث: إشهاد الأخ بأن لا حقّ له في جميع ما ذكر في أعلى الكتب قاطعاً وحسماً لجميع ما فيه من ميراث من الأملاك المنصوصة وما ذكر في آخر الوثيقة التي في أعلى الكتب من الغطاء والوطاء والماعون والكسوة وغير ذلك ويلزمه في جملة ذلك ما التزمه فيه وليس له استثناء شيء أضمرهُ من الجملة التي أظهرها وما ذكره من أن له حقوقاً في كتب الوصية فينبغي أن يسأل عنها فإن أثبت عيباً فيحلف الإخوة فيه ولا يحلف في كتب الوصية وإن لم يثبت شيئاً حلف على كتب الوصية.

قلت: هذه المسألة مثل مسألة من خالَعَ زوجته عن شيء ثم تبارءا بعد ذلك في جميع الدعاوى كلها ثم ادعت المرأة أنها ما كانت إلاّ بسبب المخالفة خاصة، وقال الزوج: في المخالفة وغيرها. فأفتى ابن رشد بعمومها، وأفتى ابن الحاج بأنها قاصرة على أحكام الخلع خاصة، وهو يجري على الخلاف الذي بين

الأصوليين في العام إذا خرج على سبب [48 أ] هل يقصر على ما ورد أو يعم جميع ما اشتمل عليه العام؟ وهذا ما لم يفسر السياق قصْره أو عمومه، فإن قصره أو عمّمه حكم عليه بذلك وإلاّ جاء القولان بها، كذا في هذه المسألة.

ومثله وقعت مسألة اختلف فيها شيوخنا وهو أن رجلاً أبْرأتْه أختُه جميع تركة أبيهما ما كان من ذلك في ذمة أو أمانة إبراءً تاماً عاماً، وقد كان في التركة أرض أو دار أو عرض أو عين عند غيرهما فقام الأخ يريد الاصطفاء به والاختصاص بذلك للفظ البراءة وتعميمها.

فأفتى شيخنا أبو القاسم الغبريني ـ رحمه الله ـ بأنه ليس له منه إلاّ قدر ميراثه وأنه غير داخل تحت الإبراء ولكل واحد منهما حقه فيه، وهو مقيم عليه. وأفتى شيخنا الإمام أولاً أن يختصّ به، فلما عرف بفتيا المفتي المذكور رجع إليه. وهو الأحسن لأنه ليس في ذمته ولا في أمانته.

وفيه: سئل ابن رشد عمن استغلّ ربع زوجته مما كان ساقه إليها أو ورثته عن أبيها زماناً ثم توفي فقامت الزوجة تطلب ما استغل لها من تركته.

فأجاب: إن عُلِم أنه كان يستغل ذلك على سبيل الصلة والمعروف فلا شيء لها وإن عُلِم استغلاله لذلك ولم يعلم هل كان يصرف ذلك في منافعه أو منافعها فالقول قولها مع يمينها في ما قرب من المدة أنه لم يدفع ذلك إليها ويكون ذلك إليها من ماله.

وفيه: مَن قيّد على خصمه كشفاً ودفع إليه ليجيب، فأجابه في ظهره فادعى أنه قطع منه كثيراً مما قيّد عليه، وأنكر خصمه ذلك فدعي إلى يمينه.

فأجاب ابن حارث: ما ادعى أنه قطعه فلا يوجب معنى ويقيده عليه ثانياً وثالثاً ورابعاً، وليس من ادّعى دعوى يحجر عليه ما سواها إن ادعى نسياناً وأما على العمد فهذا شغب في الخصوم إلاّ أن يكون في الكشف إقرار المدعي أن الذي كشف عنه هو آخر دعواه فليست التهمة على المدعى عليه قطع ذلك وإنّما التهمة على المدعي ولا أرى على المدعى عليه شيئاً إلاّ أن يكون فيه إقرار وإنكار ووقعت في ذلك بينة، فإن ظهرت التهمة وانكشف في ذلك شاورت في

ذلك المعنى مفرداً على وجهه. وقال بهذا جميع أصحابه.

وفيه: من ادعى أن له عند الرجل مالاً بوثيقة انعقدت بينهما وبين غيرهما وتحصلت بيد الغير وأنه صالح المطلوب وأخذ الوثيقة فطلبها أن يظهرها المطلوب لحقهما فيها وأنكر المطلوب ذلك وقال: ليس عندي وثيقة، فطلب تحليفه عليها.

فأفتى ابن زرب بأن الطالب يُطلب من البيّنة على الحق الذي ذكره في الوثيقة، فإن ذكر البينة كلّفته الإثبات قبل يمين المطلوب، وإن ذكر أن لا حجة له إلاّ ما في الوثيقة حلفتَ المطلوب على الوثيقة وعلى إنكار ما ادعاه عليه وفي جميع دعواه مما لا بيّنة له عليه.

ابن سهل: في امرأة ادعت على أبيها أن عنده صداقها فجحدها، فإنه يشدّد على الوالد في إظهار الصداق ويضيّق عليه بالسجن، وإن طال ذلك حلّفْتَه وأطلقْتَه إلاّ أن يأتي القائم بأظهر من هذا فينظر له على ما يظهر، قاله ابن لبابة وغيره وقال ابن غالب مثله وزاد: أرى أن يُحبس حتى يظهر الصداق لأنه قطع بالشهادة أنه عنده فلا ينبغي أن يزول عن الحبس. وتقدم إذا حبس الوثيقة أو قطعها وتلف بذلك الحق أنه يلزمه ما أتلف بذلك. انظرها في كتاب الصيد من تبصرة ابن محرز مع أخوتهما.

وكذا من أتلف [48 ب] وثيقة ملك وكانت مرتهَنة فإنه يلزمه أن يغرم ما بين كون الملك له أصل ملك أو ليس له ذلك فيغرم له فضل قيمته ما بينهما.

وفيه: عن أبي صالح إذا طلبت المرأة زوجها بالإقرار بصداقها فلا بد أن يقول فيه نعم أو لا، وأما إباحتها له فإن كان الزوجان غريبين وتقاررا قُبل قولهما، وإن كانا من أهل البلد لم يقض القاضي بقولهما إنهما زوجان إلاّ عن ثبات أصل النكاح.

قلت: والعمل اليوم أنه لا بد أن يثبتا عند قاضي الأنحكة أنه يحوزها بحوز الملكية بل الزوجين بجماعة من الموضع الذي هما به. وكذا إذا طلقها وأراد ارتجاعها ولم يأتيا بالصداق أو تجحده المرأة ولم يعثر على شاهدي

النكاح فلا بد من تعريف قاضي الأنكحة واستعمال موجب الارتجاع، فيسمع الطلاق منهما رجلان على موجب الرجعة.

وفيه: من دخل عليه صداق فأنكره وحلف عليه ثم قيم عليه بآخر فأنكره وحلف عليه ولم يثبت فأراد تقطيعه ولا تمكّن منه القائمة، فأشكل عليّ الأمر ثم تبيّن لي أن له أخذه لأن من حجته أنه سقط عنه بيمينه إذا انتفى منه وإذا أسقط فليقطع عنه الكتب. ثم ذكر الأثر المشهور عن عمر ـ رضي الله عنه ـ اجْعَل للطالب أمداً ينتهي إليه فإن أَحَقّ حقاً قُضيَ له به وإن لم يحق شيئاً وجب القضاء عليه، وهو مذهب ابن القاسم أنه يقضى على الطالب بالتعجيز.

وأما قول المرأة: كيف تردّني إلى رجل جحدني ثم أقرَّ بي؟ وإقراره لا ينفعه بعد جحوده حتى يثبت النكاح بشاهدين فهو كما قالت ولا ترد حتى يثبت النكاح، قاله ابن لبابة واستشكلها ابن سهل، انظرها في نوازله، وتقدم الخلاف في تعجيز الطالب.

وفيه: من قامت بصداقها فوجد فيه سطراً ممحواً كتب عليه فيه ذكر الرحيل عن قرطبة فإنه يصح كله غير هذا الشرط الممحو إلاّ أن يثبت الزوج بينة وإلاّ حلف الزوج: ما أعرف هذا الشرط ولا شرطته على نفسي لزوجتي ورحلها حيث شاء.

وفيه: خلاف الشيوخ إذا شهدت بينة بأن العيب قديم وشهدت أخرى بأنه حادث، فأفتى ابن عتاب بأن الأصل السلامة إذا شهد عدلان بأنها لم يكن بها شيء زمن البيع، وفي هذا الأصل اختلاف بين أصحاب مالك. وأجاب ابن القطان فيه لأصحاب مالك مذهبان، وظاهر المدونة أن بيّنة القدم أعْمَل، وأجاب ابن مالك أن بيّنة القدم إذا أشهد كل واحد من علمه لمعرفتة بالدابة أو شهدت كل بيّنة بالدليل وأما إن شهدت بيّنة بالدليل وأخرى بالقطع فبينة القطع أولى.

قلت: يريد ابن القطان في مسائل المدونة أنّ من أثبت أولى ممن نفى ولها نظائر. وكذا إذا قال بعضهم حادث وقال الآخر قديم أو قال بعضهم يجب الرد به وقال الآخرون لا يجب به الرد فهو تكاذُبٌ ولا يرد حتى يثبت. ومن كان

عليه دين فأحضره فقال شاهدان هو رديء وقال آخران هو جيد لم يلزمه حتى يتّفقا على رداءته. وكذا لو اختلفت فيه الموازين بعد قبضه أو قبل قبضه ولو اختلفا في عين المبيع عند الرد بالعيب فالقول قول البائع إنه ليس هو إلاّ أن يقيم الآخر عليه بينة على عينه، وفي توجّه اليمين عليه خلاف إذا تردد وقال: لا أدري هل هو أم لا؟ ولا خلاف أنه يرد به، ولو حقق عليه فلا خلاف في اليمين. ولو قال؛ لي عليك عشرة، فقال: خمسة. يحلف ويكون [49 أ] القول قوله. ولو قال: لا أدري عشرة أو خمسة حلف المشتري. وكذا مسألة العيب يجرب فيها ما تقدم من حلف التحقيق والتردد. انظر أحكام ابن سهل في هذا الأصل.

وفيه: من اشترى داراً فأَحْدَثَ فيها بنياناً ثم أثبت عيباً قديماً وحوزه وأعذر إليه وإلى من اشترى منه البائع، فقال البائع: إنّما بينتها بنقص منها بعد معرفتك بالعيب.

فأفتى ابن عتاب بأن إعذاره للبائع الأول خطأ وإنّما يرد على البائع الثاني فحينئذ يكون بالخيار إذا ردّ عليه بين أن يمسك أو يرد وليس البناء بمفوت. وله ردها بالعيب ويقال له: اقلعْ ما بنيتَ وما فيه منفعة لك ولا يوجب اشتراكاً مع الرد ولا الإمساك والرجوع بقيمة العيب. ابن سهل: فتكلمتُ معه في قوله إنّ البناء غير مفوت فاحتجّ بما في الشفعة أن البيع الفاسد لا يفيتُهُ حوالة الأسواق ولا تغيّر بناء وإنّما يفيته الهدم وبناء البيوت والقصور، فلم ير البنيان اليسير فوتاً حتى يكون بيوتاً أو قصوراً. وله نظائر في الواضحة والعتبية.

وأفتى ابن القطان أن اليمين تلزم المشتري أنه ما علِمَ بالعيب قبل بنائه لادعاء البائع الأول عليه ذلك، فإذا حلف خُيّرَ بين حبس الدار والرجوع بقيمة العيب من بائعها أو ردّها ويكون شريكاً بما زاده البنيان، وإن نكَلَ عن اليمين أعيد السؤال.

وأخبرني بعض أصحابه أنه إن نكل لم يرجع على البائع بشيء. وأفتى ابن مالك أن لا يمين على المشتري في دعوى البائع الأول إذا قال بائعها: لا مدفع

عندي في ذلك إلاّ ما توجبه البيّنة. وللمشتري حبس الدار والرجوع بقيمة العيب من ثمنها، وإن شاء ردّها وأخذ ثمنها وكان شريكاً مع بائعها بما زاد البنيان في قيمتها إن زادها وإن نقصها واختار ردها فعليه فيه ما نقصها من ذلك يُسقطه البائع من ثمنها ويدفع إليه باقيه.

وأصله في المدونة: في من ابتاع ثوباً ثم صبغه ثم أطلع على عيب فيه، وإنّما لم تلحق المشتري اليمين لأن حصته قد برّأَهُ منها، كما لو أقرّ له بالبناء.

وفيه: تُرَدّ الجنة إذا وجد في شجرها تعفّناً وخمجاً ويبس بعضها وتعفُّن عروقها.

قلت: ولا يلزم عدم الرجوع بما أفتى ابن رشد إذا وجدت شارفة لا ردّ له لأن العيوب مما قد تخفى بخلاف الشرف فإنه ظاهر.

ابن عات: من ابْتاع دابة فنقَدَ بعض الثمن وطلب بقيته فطعن فيها بعيب وقام ليردّ فطلبه البائع ببقية الثمن وقام ليحاكمه، فإن كان العيب ظاهراً لا تطويل في إثباته لم يزل حتى يحاكمه ولا يأخذ عليه حميلاً، وإن كان خفياً مما لا يُعلَم من ساعته ولا في القرب حكم عليه بالوزن ثم يحاكمه، فإن قضي له شيء رجع في دراهمه إلاّ أن يخاف أنه يتلفها ولا يوجد له شيء فيجعل بيد أمين حتى يُقضى له أو عليه. وعن بعض المفتين: لا يقضى له بشيء إلاّ أن يحاكمه فهو أولى به إن شاء الله.

وفي النوادر من الشرح يدفع إليه الثمن ثم يحاكمه في العيب إلاّ أن يكون شيء ينقص من ساعته، حكاه عن ابن مزين.

وفيه عن ابن حبيب: إذا اطلع المشتري على المطحنة المتْربة إذا علم البائع بتتريبها وإلاّ حلف وكانت كالخشب أو يكون المعدن قد علم مُتْرباً، وإن كانت مشقوقة ردّها على كل حال. المشاور: تردّ على كلّ حال علم بتتريبها أو لم يعلم[49 ب] إذ لا يقع له فيها لأنها لا تباع إلاّ للطحن فإن كانت متربة لم تَسْوَ إلاّ قيمة حجر ملقى، فإن فاتت رجع بقيمة العيب أنه ينقص كثيراً من الثمن. وتأمل أجوبة الشيوخ فيها. ونزلت بقاضي بلنسية فأفتى أبو بكر بن أسود

بذلك[1]. . .. العقد أنه ينقص من الثمن نقصاناً بيّناً، فهل يُزاد كثيراً؟ ونازعه أبو محمد عاشر بن عاشر فقال: يزاد بينا ولا يزاد كثيراً واستظهر بأمهات الكتب، فينظر في المسألة على ما أعلمني. ورأيت بخطه في حاشة كتاب ابن سهل عندما مرّ لفظه كثيراً تعلّق بهذا اللفظ بعض من جهل ممن نصب نفسه لفتوى فوهم. يشير إلى النازلة المتقدمة. وهذا كما ترى حمل تقتضيه المنافسة بين هذه الطبقة[2].

قلت: هذه المسألة تجري على أصل وهو العيب الذي يرد به هل هو كالعيب الحادث عند المشتري؟ وهو على ثلاثة أقسام يسير يرده ولا يرد للعيب شيئاً، ومتوسط يرده ويرد ما نقص العيب إن شاء الرد أو يتمسّك ويرجع بقيمة العيب، والعيب المفيتُ لجلّ المنافع يرجع بقيمة العيب فقط، فكذا العيب الذي يرد به. وهذه الطريقة تؤيد الطريقة الأولى كعيوب الدار أو أنه يرد بالعيب الذي ينقص من الثمن مطلقاً إذا كان نقصاً مجمعاً عليه، وهذا هو ظاهر الأمهات كما قال. ينظر ذلك في التنبيهات.

وفيه: أخبرت عن بعض الشيوخ في الجارية يدعي المبتاع استرخاءها عند الجماع يريد في الغائط وينكر البائع تطعم أياماً متوالية ما يعتبر ذلك منها كالبقل ونحوه ثم يطلق إلى جماعها فإذا فرغ نظر النساء في ثيابها التي جُومعت فيها فإن رأين ذلك فيها رُدَّتْ به وإلاّ فلا.

قلت: وظاهره أنه لا تُردّ بعيب الريح فقط، والصواب اعتباره كما تقدم في النكاح أن البخر في الفرج أو في الفم ترد به. وعن ابن الجلاب: وهذا أحرى لأن عيوب النكاح أشد. وتقدم في النكاح أنه إذا ادعى كل واحد من الزوجين ذلك على صاحبه أنه يطعم أحدهما فقوساً والآخر تيناً ثم يرسل عليها ثم ينظر بعد ذلك الخارج.

وعن ابن فتحون: لا يكفي في عيوب النساء أقل من اثنين ويأتي على قول

---

(1) بياض بمقدار كلمتين في جميع الأصول.

(2) كذا وردت الفقرة مضطربة في الأصول.

مالك في الموقوفة للاستبراء يجزي فيها قول امرأة واحدة إنه يكفي إثبات العيب، فإن كان مما لا يميّزه إلاّ الأطباء وصفه اثنان من حرائر النساء للأطباء.

وعن سحنون: يبقر عن موضع الداء وينظر إليه الرجال إلاّ أن يكون في أحد الفرجين ولا يشهد النساء بِقِدَمه أو حدوثه إلاّ إذا كُنَّ طبيبات، ذكره ابن عتاب، ولغيره ما يظهر خلافه ابن سهل.

وفيه: إن شهد شاهد بعيب قديم وشهد آخر بعيب آخر غير الأول فلا توجب شهادتهما حكماً حتى يشهدا على عيب واحد، من ابن سهل. وانظر إذا جرّحَ الشاهدَ رجلان كل واحد بجرحة غير ما شهد به صاحبه فروى سحنون أنه يجرّح لاتفاقهما على ما يوهن الحكم. وقال أيضاً: لا يخرج حتى يجتمعا على جرحة واحدة من كونه كذّاباً أو آكل حرام أو شارب خمر.

قلت: فيتخرج الحكم بتلفيق الشاهدين في العيب أحْرَويّ إذا قيل بأن الإخبار بالعيب واحد فيه يكفي.

وسئل عمن اشترى داراً من أبيه وأودع وثيقتها عند رجل وترك أباه يسكنها وغاب فمات أبوه وبيعت الدار مرتين، ثم ذكر المودع الوثيقة عنده وأراد القيام بها عند القاضي محتسباً، ويطلب من هي بيده من أين صارت له بسبب هذه الوثيقة أم لا؟

فأجاب: أما ما كان من هذا الأمر من أن تكون الوثيقة بملك دار[**50 أ**] ثم تباع تلك الدار على ملك الأب للجهل ببيعه إياها، فالصواب نظر القاضي للغائب وينقض البيع وهذا مع بُعْد الغيبة.

وسئل الزواوي عن ورثة ورثوا عن أبيهم داراً فقال لهم الوصي ما لكم إلاّ ربعها، ورشد الورثة بعد أربعة عشر عاماً فباعوا ذلك الربع وباع غيرهم باقيها، ثم وجد واحدٌ بعد أعوام فيه شراء جميع الدار لأبيهم وأن أباهم اشتراها بعد مفاصلة لإخوته وتحاكَمَ بعض الورثة مع عمّهم فقال بعض ورثة عمّهم: ما ملكناها إلاّ بالحيازة وهي تحت أيدينا وفي ملكنا إلى حين البيع فهل للقائمين مقال أم لا؟

فأجاب: الدار ترجع إلى الورثة الذين استظهروا بحكمها منعقداً بالشهادة المتضمن أن جميع الدار شراء أبيهم. فأعيد السؤال، هل مجرد عقد الشراء يوجب الملك أم لا؟

فأجاب: إذا ثبت أنهم ما علموا إلاّ حين استظهارهم بعقد الشراء وثبت الشراء بمن يصح ملكه فالدار لهم ولا يضرهم حوز من حاز الدار وهم غير عالمين إلاّ أن يُثبت من حاز الدار الشراء أو الهبة أو الصدقة في ما حاز. ولا يلزم من ثبت شراؤه للدار أن يثبت استمرار الملك.

قلت: قوله إذا ثبت إلى آخره، يُفْهَم منه أنهم محمولون على العلم حتى يثبت عدم العلم، وهي طريقة ابن رشد مع الحضور، ومذهب ابن سهل أنهم محمولون على عدم العلم حتى يثبت علمهم لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ أَخْرَجَكُم مِّنۢ بُطُونِ أُمَّهَـٰتِكُمْ﴾[1] الآية.

وحكى المتيطي، وأظن أني رأيته لابن سهل: الفرق بين أن يستحق ذلك بوراثة فيحمل على الجهل وإن استحقه بشراء فيحمل على العلم. وتقدّم أن عقد الشراء لا يوجب الملك حتى يثبت ملكه، وهذا منه لقوله وثبت الشراء ممن صح ملكه.

وسئل عن بدوية رهنت بيتاً لها في الشدة في ساحة القصر وفيها مطموران في سبعة دنانير، وحازه المرتهن وأخو المرأة حاضر في المنزل ولم ينكر ولم يغيّر عليها، فماتت الراهنة وأخوها وقام المرتهن وعرض البيت للبيع فسويت خمسة دنانير ونصفاً ففداها بذلك ورثة الراهنة فقام عليهم ورثة الأخ وادّعوا مطمراً من المطمورين أنها ملك لأبيهم، فأقام ورثة الراهنة عدولاً شهدوا لهم لا يعرفون للأخ فيها ملكاً، فطلبوا يمين ورثة الراهنة، هل يحلفون أم لا؟ لأنهم لم يرثوا شيئاً.

فأجاب: إذا ثبت بالعدالة ملك المرأة وبيع في الدين الذي عليها بعد يمين

(1) سورة النحل، الآية: 78.

المرتهن أنّ دينه باقٍ عليها ولم يسقط عنها بوجه من الوجوه فلا يمين على ورثة الراهنة إذ لم تترك الأم ما يورث عنها.

وسئل عمن ضاف عند رجل وبات معه أضياف، فلما أصبح ادعى أنه كانت عنده في طرف فُوطته رباعيات وأخذها وردْ في موضعها دارهم، واتّهم بها سائر الأضياف والمضيف ثم ادعى أنه ضاعت له تسع رباعيات وزعم أنه قال ثلاثاً استخراجاً لحقّه، فمضوا ليحلفوا ثم أرادوا ردّها عليه. فأرادوا سؤال أهل العلم فلم يجدوه وزعموا أنّهم[1] . . . أن يحقق أن هؤلاء أخذوا متاعه، فقال: نعم، فقالوا له: نردّ عليك اليمين، فارتفعوا للقاضي فقال الرجل للطالب إنّما قلت تحقق [50 ب] أنها لم تخرج عنهم والذي أخذها منهم ما نعرفه بعينه. والمحقق أنها مرّتْ لي، وأنها بانت معهم، فهل تردّ هذه اليمين؟

فأجاب: هذه مسألة اختلف فيها من تعلق اليمين على المدّعى عليهم وفي رجوعها. والذي عندي أنّ المدّعى عليهم إذا كانوا من أهل التُّهَم ولم يعرف واحد منهم أنّ اليمين واجبة على جميعهم بعد يمينه هو أنه ذهب له ما ادعى من حين مبيته معهم، فإن نكلوا لزمهم الثلاث ربعيات التي ادعاها أولاً، إلاّ أن يعذر في دعواه الأولى وفي رجوعها، ويظهر لذلك وجه بأن ذلك مقبول منه وذلك على قدر ما يظهر من حاله ويليق بكسبه. وأما يمينه إن حلف لهم وانصرافه عنهم فإنه يظهر، فإن كان أراد بذلك ترك طلبهم فلا رجوع له بعد ذلك.

وسئل ابن رشد عن يمين التهمة في الدعوى المختلف فيها ما يتخرج عنده من أحد القولين فيها، وكذا ما يتكرر من الدعوى كدعوى الإقالة ونحوها.

فأجاب: إنّ يمين التهمة وهي الدعوى غير المحققة على المطلوب فقد اختلف على علمك في لحوقها ابتداءً، وإذا لحقت هل ترجع أم لا؟ والأظهر في القياس أن لا يمين إلاّ بتحقق الدعوى لقوله عليه الصلاة والسلام «البيّنة على من ادّعى» وإيجابها استحسان، والأظهر بعد وجوبها تحقيق الدعوى على المطلوب ولا يرجع إذا لم يتحقق معناه إنها تتوجه ولا تنقلب. قال: والمختار لحوقها إذا قويت وسقوطها إذا ضعفت ولا ترجع، ومسألة دعوى الإقالة هي من باب

(1) كلمتان غير واضحتين بالأصول.

دعوى المعروف، وبين شيوخنا فيها اختلاف فمنهم من يقول من الروايات اختلاف قول، فيجعلها على قولين جملة، ومنهم من يقول ليس باختلاف ويقول معنى ما وقع أن المدعى فيه إن كان بيد المدعي أو له سبب وجبت، وإن لم يكن كذلك لم يجب، وهو حسن له وجه من النظر وهو مراعاة الخلاف في الحكم في ما لم يقبض من الهبات. والأظهر في الإقالة اليمين لعدم الخلاف في وجوب الحكم بها إلاّ أن يدّعيها قبل التفرق بالأبدان فتضعف اليمين لمراعاة الخلاف.

وسأل القاضي عبد الوهاب حسان عمن شهد له شاهدان أن رجلاً ذكر عند خطبة ابنة أخيه لكونه وصياً عليها أن لها خمسمائة دينار جُدُد ثلاثية تنقص قليلاً، وأنا أتِمُّها ويكون الزوج بالخيار إن شاء جهزها وإن شاء جهزتها أنا به، وفهمت أن الخمسمائة دينار في حكمه وتحت يده حاضرة ولها ثلث دارين عيَّنَهُما، فسُئل عن ذلك فأنكره إنكاراً صريحاً ثم قال لأحد الشاهدين إنّما التزمتُ أربعمائة دينار وثلاثين ديناراً من الصدقة وأنفقت بقية الخمسمائة في أشرية ومونة دفنها، وقد توفيتْ البنت وطلب زوجها ميراثه من الخمسمائة دينار.

فأجاب الوصي المذكور بأن لها من العدد المذكور في المشرق ثلاثمائة وخمسين ديناراً مصرية تركها أبوها من تركته أثاثاً وكلها محسوبة من العدد المذكور. فقال الزوج: العدد غير هذا وقد أتاني بها الوصي وعرضها في أن أشتري بها أنا أو أبي جهازاً لشوارها، وأنكر ذلك الوصي.

فأجاب حسان بخطه: الوصي المشهود عليه مأخوذ بما أقرَّ بِهِ أنه عنده لابنة أخيه ولا يُقبل قوله إن لها من تركة أبيها في المشرق ما ذكر ولا تدخل في ما أقرَّ به من الدنانير إذ لم يكن هو الباعث [51 أ] بذلك ولو بعثه بها وتقدمت يده عليها تنظره في بعثها هل هو معتد فيه أم لا؟ فيضمنها وكذا في الشهادة على نفسه أن لها عنده ما ذكر من السكة ومتى كان البعث هل هو قبل الإقرار؟ ومتى أقر بذلك بعد استفسار الشهود لعل عندهم زيادة فيجاب عنه.

قلت: قوله: وفهمت أن الخمسمائة عنده لم يتكلم عليها، وذكر ابن رشد

في البيان فيها ثلاثة أقوال هل يعمل عليها وتنقل تحقيقاً أو بكلفهم أو لا يعمل عليها؟ وتكلّم في التنبيهات عليها عند قوله في أخر الأقضية وفهم القاضي عنهما. انظره فيه.

وسئل أيضاً عن قاض له: ثبَّتَ عندي وفاة فلان أخته شقيقته وأمه، لا وارث له في علمهم غير من ذكر، قال: وثبت عندي أنه يملك أسْهُماً من الدار الفلانية، فالذي يخص الأم كذا وللأخت الآن عاصب أثبت نسَبَهُ بشهود عند بعض القضاة وأنه عاصب من تقدم لهذا الميت. فقال القاضي: تقدمت إثبات وفاة هذا ومن يرد الآن أقوى وأشهر في العدالة ممن شهد لك، فقال القائم: إن تأتّى لي أن تحكم بهذه البينة فافعلْ وإلاّ فالأم والأخت مُقِرّتان لي بذلك، وما مضى من الحكم في الدار مضى وله غير ذلك من الأثاث وأشياء كثيرة نذكرها عند الحاجة إليها ولم تقع فيها مفاصلة.

فأجاب: إذا ثبت بالبيّنة العادلة تعصيب القائم وصحَّتْ بشروطها استحق الميراث ومُكِّنَ من طلب الأم والأخت واستحلافهما في ما يدّعيه إن كانت الدعوى تتوجه عليهما، وإن لم يثبت القضاء به فدعواه غير مسموعة ولا يجيبانه على ما سأل لأن ميراثهما لا يختلف صدقاه أم لا ولا ينتفع بشهادتهما له، فإذا لم يأت ببيّنة لم يأخذ شيئاً بمجرد دعواه وإن صدقتاه فيها وإنّما يستحق ذلك بالشهادة.

وسئل المازري عن حكمين أنفذهما فقام رجل ينقض بياعات من أخيه ورد إقراراته التي أقرّ بها، فهل له رده بعد نفاذ الحكم؟

فأجاب عن ذلك إقرار جميع الورثة بما أقروا به من الديون لا ذمم لهم وجائز عليهم وما أقرّ به الرجل لأخيه أو خالته مما لم تقم لهما بيّنة لا يلزمه على حسب ما تقدم من جوابي مع يمينه على ذلك وكذا له رد نصيبه مما باعه منهم واسترجاعه لكونهما على الصفة المشهود بها النافذ بها حكم القاضي إذا حلف الرجل أنه مُكْرَهٌ غير طائع بالبيع ولا مختار له. وما ثبت أن عبد الرحمن وأمه دفعاه من ديون ووصايا وقامت به بينة أو أقرّ به الورثة في وقت يلزمهم إقرارهم

كان لورثتهما الرجوع به على التركة والمحاسبة مما وجب عليهما واستحق قبلهما وتوجه طلبهما له على ما يتوجه ويجب.

وسئل عمّن ادعى على مقدم على يتيم أن بيده رسماً فيه له منافع وطلبه عند القاضي فقال ما نخرجه إلى بطالة العيد وزعم أن خصمه وافقه على ذلك، ثم طلب ثانية فقال: التزمتَ لي الصبر هل يلزمه يمين في ادعائه الصبر عليه أم لا؟

فأجاب: إذا كان الحكم حاضراً عند هذا المقام لزمه إخراجه لينظر الطالب الوارث فيه لأنّ فيه منافعه وليس له الامتناع [51 ب] من إخراجه وهو من حق الطالب أن ينظر فيه.

وسئل عن مشترٍ لدار قام عند القاضي فذكر أن له قناة في دار اشتراها فتخرج من تحت بيت من دار فلان وحدودها حتى تخرج إلى قناة حمّام سمَّوْه معروف، وسدّ هذه القناة رجل اشترى هذه الدار منذ ستة أشهر فأنكر المشتري ذلك وقال: مالَكَ عليّ مجاز ولا سددتُ في وجهك شيئاً. فأمر القاضي بوقوف العرفاء على ذلك فرفعوا إليه أنهم وجدوا هذه القناة فما من ساقية من دار القائم المذكور السد في وجهها من دار المشتري المذكور، فأقام المشتري المذكور شاهداً أنه وقف على حفير من جهة القائم المذكور فرأيتُ أثر قناة الحائط الملاصق لهذه الدار مسدودة سداً قائماً وما بين هذا السد المذكور فلا شيء فيه ولا أثر لجريان شيء على هذه الدار التي الحفير فيها وذلك نحو العشرين سنة تقدمت لهذه الشهادة. وجلب المشتري المذكور شاهداً من الجيران آخر فقال: ما عهدنا القائم المذكور وقف معنا في إخلاء الساقية المذكورة التي تمرّ على قناة الحمّام المذكور[1] ولا أدّى معنا في الإخلاء المذكور شيئاً، قال: وذلك منذ خمس سنين وغاب عبد الله المذكور في خلال هذه المدة إلى الحجاز، فاحتجّ عبد الله بأنه اشترى على يديْ القاضي وأن شهادة الشاهد الأول كان في عقد شراء البائعيْن لعبد الله ولما تقدم من شهادة العرفاء وطول في احتجاج الخصمين.

فأجاب بأن شهادة من شهد أن عبد الله لم يحضر مع أهل المحلة الكنس لا

(1) جملة سقطت من أ، ووردت في هامش ب.

عمل عليها لجواز أن تأخيره خيفة إن حضر أن يغرم شيئاً أو غفلة وإهمالاً، وكون القناة مذكور جريانها في دار المشتري غير مقبولة لأنه من كلام البائع والمشتري وهي دعوى إلاّ أن تقيد الشهادة عليه بأنه سلّم والرجوع في ذلك إلى العرفاء الموجهين من جهة القاضي، فإن حقّقوا المجرى وقدمَهَ وأنه سابق لشراء هذا الذي هو في يده الآن وكان ذلك بأمر لم تجْرِ العادة بإعارته وإنّما يكون في الدور تمليكاً، فكان من حقوق الدار جريان مائها على المشتري المذكور ولا يضرّ في ذلك شهادة الشاهد الأول لجواز أن يكون إعطاء الدار بعد العشرين سنة واشترى المشتري على ذلك ولا يضره في شهادته إذ ليس بتناقض.

وأجاب غيره بأن دعوى القائم بأن في كتب شرائه شرط مجرى ذلك على دار المشتري المذكورة لا ينتفع به إلاّ أن تشهد البيّنة على تسليم ذلك من البائع للمشتري المذكور، إذا لم تجد الآن لها مجرى في تلك الدار. وأما شهادة الشاهد الذي رأى القناة مسدودة قبل شراء القائم ثم أوقع شهادته في هذه الدار فله عذر إذ يظن أنّ البائع سمح له بذلك أو صار له بوجه فلا يقدح في شهادته على القائم وعلى القائم البينة أنّ مجرى مرحاضه على دار المشتري كان حين شرائه للدار، فإن لم يجد بيّنة بذلك فله الرجوع بقيمة العيب على البائعين منه إلاّ أن يُثبتوا هم أن مجرى قناة دارهم كان يجري في دار المقوم عليه فيكون على من اشترى منه البيان بأي وجه سدّهُ. وذكر السائل أن الدار إنّما صارت بيد المشتري منذ زمن قريب، فإن ثبتَ تسليم من كانت الدار في يديه يوم اشتراها القائم فهو الذي يراعى في ذلك وكذا [52 أ] تسليم من كان قبل المشتري بعد شراء البائع فهذا يمنع القائم وإن لم يكن شيء من ذلك فلا كلام للقائم.

وسئل عمن اشترى لزوجته وأخته داراً بثمن دفعاه إليه وقبض من مالهما أيضاً ما أنفقه في مصالحه وعاوض عنه في اسْتِرْمامِ هذه الدار ما تسلّفه من صهره فلان، فهل له رجوع على زوجته وأخته بما دفعه في هذا الاسترمام أم لا؟

فأجاب: إذا ثبت أنه اقرّ أنّ الذي أنفق في الدار إنّما تسلّفه من صهره وأنه تسلفه لينفقه في الدار عوضاً عن الذي أخذه من أموالهما للإنفاق في الدار وأنفقه

على نفسه وعاوض بهذا الذي تسلف فلا رجوع له به عليهما.

وسأله قاضٍ سماه أنه رفع إليه يهودي بيده حرير أتى ليبيعه وشوهد من تخْبيله وتَمْريثِه ما أوجب الريبة أنه مأخوذ منتهب من قافلة ذكرها فأحضر اليهودي جماعة من أهل قفصة شهدوا بأن اليهودي أمين ممن لا يقع في مثل هذه الريبة وقد عُقِل الحرير حتى يأتي الجواب.

فأجاب: إذا لم يثبت إلاّ الاسترابة بالتخبيل والتمريث وشهد عدول أو جماعة ظاهرهم الستر ممن لا يتواطؤون على الكذب بأن اليهودي لا يليق به شراء ما يُنسب إليه ومقتضى حاله التباعد من مثل هذا استظهر عليه باليمين أنه لا يعلمه ممن نُهب من القافلة وغيرها التي أشار إليها من شهد بالاسترابة وسُلِّمَ له. فوقع القاضي تحت الجواب يحلف اليهودي في الكنيسة وحيث يعظم منها بالله الذي لا إله إلاّ هو أن الحرير المذكور ما هو من القافلة التي أعلمت ولا اشتراه إلاّ ممن باعه بوجه صحيح ولا أعلم فيه ريبة ولا دلسة. فمن حضر يمينه المنصوصة في الموضع المذكور قيّد شهادته في شهر كذا من سنة كذا.

وسئل عمن شهد له أن رجلاً ضمن له غريمه بقية نهار يومه على أنه لا يسلمه إلاّ ببينة فمضى ذلك اليوم وأيام كثيرة، ثم طلب الضامن الغريم فذكر أن الطالب أبرأه من الضمان وأنه قاعَدَه بعد ذلك للخصومة ولم يأت ببينة بدفعه إليه.

فأجاب: هذا اللفظ فيه إشكال، فإن كان مراده أنه ضمنه بقية نهاره على أنه إن ذهب اليوم فعليه الضمان حتى يسلمه بالبينة. ومعنى الكلام إن سلمه إليه في يومه بالبينة بَرِىءَ، وإن لم يسلمه حتى انقضى اليوم فهو مطلوب حتى يسلمه بالبينة، فالقول قول الطالب إنه لم يسلمه إليه، وعليه اليمين إن ادعى أنه أبرأه من الضمان. وأمّا قوله قاعَدَهُ فإن كان أراد أنه أبرأه بذلك فالجواب ما قلناه.

وسئل عمن توفي وترك زوجة وابنتين توفيت إحدى الابنتين فورثتها أمها وأختها وأثبتَ أن لها ثلاثة أرباع فعرض بيعه لموجب فلما وقف على ثمن عرض الذي له بقية الثمن فقال: دعوني أؤَامِر نفسي بقية يومي وليلتي. فلما أصبح أتى

إلى القاضي وذكر أنه غير راغب في الشراء فبعث القاضي عدولاً لينظروا الثمن واستظهروا على المشتري بزيادة في الثمن وأشهد القاضي بنفوذ البيع له ودفع بقية الثمن الذي أنفذ في مرمّة السور، ثم رجع الشريك الممتنع [52 ب] فأراد أن يزيد زيادة بيّنة في المبيع، فهل له ذلك أم لا؟

أجاب: إذا ثبت عند القاضي المقاواة وأمضى البيع بعد مضي أيام الخيار وبتله وكان عرض على الشريك فأبى وبتله فلا تقبل بعد زيادة لأنه زاد في ملك استحقه غيره.

وسئل عن شريكين في فندق توفي أحدهما منذ سنين كثيرة وترك ورثة، ثم توفي أحد الورثة وخلّف ورثة رُشَّداً ومحاجير، ثم توفي الشريك الثاني وترك وارثاً واحداً فوقع الخصام بين ورثة الأولين في نصيبهم في ذلك الفندق وغيره من أسباب التركة وطال الخصام فقام الوارث المنفرد وأراد المفاصلة في الفندق المذكور لكونه تَدَاعى إلى السقوط ويخاف عليه إن بقي حتى يفرغ الخصام يؤدي إلى هلاكه وهو كذا، فهل له ذلك؟ ويحضر جميع الورثة ويباع هذا الفندق ويوقف هذا النصيب الذي فيه الورثة حتى يقسموه على الوجه الذي تؤول إليه المخاصمة أم لا؟

فأجاب: إذا ثبت أن الفندق لم يبادر إلى بيعه ممن يصلحه هلك وامتنع الشركاء من الإصلاح وامتنع منه من دعا إلى المفاصلة فمن حق من دعا إليهما أن ينادىَ عليه ويباع إذا كان انتظار الخصام يؤدي إلى هلاك ماله ومال الشركاء، وهو من إضاعة المال المنهي عنه والضرورة التي تبيح مثل هذا إذا كانت ذممهم تتفاوت أو ما يزداد عند انكشاف الخصام في سهم كل واحد منهم أو ينقص لا ينحبسُ إليه في العهد وهذا الشرط استظهار لأنه إن ثبت لم يبق في البيع ما يتعقب.

وسئل عن وثيقة أتتْ من القيروان ثبتت بشاهد واحد أنهم يعرفون فلانة الخادم وأنها من أملاك فلان ما نعلمه باع ولا وهب ووجدت الخادم في يد رجل فقال: اشتريتها من يد رجل من العرب بخمسين ديناراً ثم طلبه بحميل فلم يجده

فقال: ادفع إليّ عشرة دنانير تنصرف عنها ونرجع حتى نأتيك بالوثيقة في حقك وذكر أنه يخاف من العربي لا يطلبه بالخادم من دفعها في غيبته.

فأجاب إذا استقل هذا الحكم باستحقاق هذه الخادم بموجبه فمن حقه أخذها من يد من هي في يديه، ولا حجة بخوفه من العربي لأن منع المستحق من ماله ظلم، ولا يمكن هذا أن يظلم المستحق مخافة ظلمه في نفسه مع أنه أدخل على نفسه هذا الظلم الذي يتوقعه والمستحق لم يدخل على نفسه ظلماً.

وسئل أيضاً عن محضر مضمنه أن شهيدين ثقتين وعيّنهما شهدا بمعرفة عثمان بن أبي يحيى وأن عبد الرحمن وأبا القاسم هما ولدا علي بن عبد الله وأن عبد الله هذا جد عبد الرحمن وأخيه المذكورين، وهو شقيق أبي يحيى جد عثمان المذكور، غير أنهما لم ينسبا أبا يحيى وعبد الله إلى والدهما وإنّما قالا: هما شقيقان وبمثل ذلك شهد آخران. وشهد جماعة بأن عثمان المتوفى سكن عند بني عمه مدة وكانا يتداعيان بالعمومة ولا ينكر ذلك منهم أحد على صاحبه. وفي بعض هذه المُحْضَرات بأنه لا وارث لعثمان المذكور إلاّ عاصباه المذكوران وزوجة.

فأجاب: شهادة الشيخ[53 أ] ابن القاسم بثقة الشاهدين مستقلة في ثبوت التعصيب لعبد الرحمن وأخيه. وأما شهادة من شهد أنهما ابنا عمه ففيه نظر إذ قد يكونان ابني عمين لأم لكن فيه أنهما عاصباه ولا يكون ابن العم للأم عاصباً، لكن الشهادة الأولى كافية في التعصيب. وإذا ثبتت الوفاة وعدة الوراثة استقل الحكم.

قلت: قوله وهو شقيق أبي يحيى يستلزم أنهما أبنا عم رجل واحد ولو لم يذكره، ولا يدخل فيه الخلاف إذا لم يرفعْهما الشاهدان لجد معيّن. فقد أفتى ابن عتاب في من أقرّتْ بابن عم أبيها ولم يرفع العاقد نسبها لجد واحد بيمين للمقر له. وقال المتيطي: الشهادة تعلم أن المحيط بميراثه ابن عمه لأبيه ولا يذكر اجتماعهما في جد بتسمية تامة لأنه في هذه المسألة عيّن الجد غير أنه لم يسمّه.

وسئل عن شاهدين شهدا أنهما يعرفان الدار الفلانية من أملاك فلان المتوفى وأنها صارت لفلان وفلان من ورثته وقال: لا نعلم أن فيها لفلان وفلان بعض ورثة المتوفى فيها حقاً، وقال: لا ندري هل فاصلتْ زوجته هذين في هذه الدار أو لا، غير أنهم شهدوا أن ليس فيها لبعض الورثة حقاً، هل هذه الشهادة عاملة أم لا؟

فأجاب: هذه شهادة غير مستقلة حتى يقطعوا بصفة خروج ملك فلان وفلان عنها على أي وجه كانت.

وسئل المازري عمن شهد بأن أخته ـ وهي مريضة ـ أوصت له بثلث ما تتركه في صحة عقلها وحضور فهمها وتوفّيت وتركت ابناً وزوجاً فقال الزوج: هذه المرأة لا تتصرف ولا تخرج من دارها، يستفسر الشهود كيف عرفوها وقد شهد العدول بمعرفتها، هل يمكّن من ذلك أم لا؟

فأجاب: إذا كان الشاهدان من أهل العدالة والمعرفة فلا يستفسران مع أنه لم يكن الأيمة المتقدمون يستفسرون إلاّ في الحدود والزنا للحرص على الستر ودرء الحدود بالشبهات خاصة فخرج غيرها من الشهادات كلها.

قلت: تقدمت هذه المسألة، وعن أبي عمران يكشف الشهود عن الشهادة في مسائل منها مسألة الشهادات في الزنا والسرقة فلا بد أن يسألوا عن صفة الزنا والسرقة وصفتها كم هي وعن إخراجها من الحرز. وكذلك يكشف إذا شهدوا على دابة أنها دابة فلان هل يعلمون أنه باعها أو لم يعلموا، وإذا شهدوا على معتق أنه مولى فلان يسألون أيضاً هل أعتقه فلان أو أعتق أباه؟ فإن أبى الشهود أن يبينوا في هذه الوجوه فشهادتهم ساقطة، وإن غابوا عن السؤال حكم بشهادتهم. وقيل: إن كانوا من أهل العلم والإثبات حكم بشهادتهم وإن لم يبينوا وإلاّ فلا، انتهى.

وجواب المسألة التي قبلها يقرب من هذه انتهى. ففي المدونة: من قامت له بينة أنه ابن فلان الميت لم يستحق ميراثه حتى يقولوا لا نعلم له وارثاً غيره فعن بعض المتأخرين هذا شرط صحة لا بد منه لاحتمال أن يكون له وارث غير

هذا. ولو قالوا: لا نعلم له وراثاً بهذا البلد لم يفده.

وفيها أيضاً: وكذلك إن شهدوا مع ذلك أن هذه الدار لأبيه أو جده فلا تتم هذه الشهادة حتى يقولوا لا نعلم أنها خرجت من ملكه إلى أن مات وتركها ميراثاً لهذا، وإنا[53 ب] لا نعلم له وارثاً غير هذا، فإن شهدوا أن هذا وارث أبيه أو جده مع ورثة آخرين لم يعط هذا منها إلاّ مقدار حظه، ويترك القاضي باقيها في يد المدعى عليه حتى يأتي من يستحقه. سحنون: وقد كان يقول غير هذا. وروي أنها تنزع من يد المطلوب وتوقف كقوله لا تتم الشهادة إلى آخره.

قال المغربي: هي شرط صحة في وثيقة الميت وشرط كمال في وثيقة الحي، والفرق أن وارث الميت يحلف على نفي العلم والحي يحلف على نفي البت. وفي العارية في يمين القضاء إذا لم يقل ذلك الشهود مضى وحلف. وعن أشهب إذا تأتى إعادة الشهود لذلك وإلاّ مضت الشهادة، فمنهم من جعله اختلافاً ومنهم من فرق بما مضى، انظر ابن سهل والنكت.

وفي أحكام الشعبي: لا بد أن يقولوا في الوراثة لا نعلم فلاناً باعها ولا فوّتَها إلى آخر ما ذكر شرط لا بد منه وهو نحو التفرقة. وقوله لم يستحق ميراثه يعني الآن، وأما إذا طال فيدفع إليه ويضمنه إذا أتى وارث غيره. وقوله: مع ورثة آخرين، ابن يونس: يريد يُعرفون وهم غيب ويُسَمّونهم، وقول سحنون: وروي غير هذا هو ما ذكره بعده ابن يونس وكتُب الولاء، وفي كلامه ما يستحق أن تكون يمين القضاء في الرباع، وفيه خلاف، انظر أحكام ابن سهل.

وفي النوادر من رواية أشهب عن مالك: عن كُتُب القضاة تأتينا شهادة بينة **أنهم** لا يعلمون لفلان بأرض مصر وارثاً إلاّ فلاناً وقد مات بإفريقية.

قال: لا يجوز ذلك حتى يقولوا لا نعلم له وارثاً في شيء من الأرض إلاّ **فلاناً فيدفع إليه** ذلك ويستحلف.

وفي العتبية والمجموعة: لا تدفع التركة إلى وكيله بالقرب. وفي البيان: قيل يستحلف على البت فيقول: بالله الذي لا إله إلاّ هو ماله وارث غيري في شيء من الأرض، قياساً على يمين المستحق المعلومة ومن أجل أن الشهود إنّما

يشهدون على العلم وأوجب عليه اليمين على البت فلذلك لم يرد دفع التركة إلى وكيله حتى يكتب إلى وكيله فيحلف في الموضع الذي هو فيه.

ابن رشد: والذي أقول به حلفه على العلم فيقول: بالله الذي لا إله إلاّ هو ما أعلم وارثاً غيري، إذ لا يصح له القطع بأنه ليس له وارث غيره. ولابن دحون: كيف يستحلف من شهد له أكثر من واحد على ميراث وفي شهادتهم لا نعلم لفلان وارثاً في شيء من الأرض إلاّ فلاناً، لا اختلاف أنه لا يحلف مع بينته. ابن رشد: وإنكار ابن دحون قوله لا اختلاف إلى آخره ليس بشيء لأن لإيجاب اليمين عليه وجهاً ظاهراً وذلك لو ادعى أحد أنه وارثه وادعى عليه علم ذلك للزمته اليمين إنه ما يعلم أنه وارثه باتفاق ولو لم يدع عليه العلم بذلك للزمته اليمين على الخلاف في يمين التهمة. فلما كانت اليمين كيمين الاستحقاق. ومن أثبت ديناً على ميت أو مفلس لا يقضى له إلاّ بعد يمين الاستحقاق، ما باع ولا وهب، وفي الدين ما قبض ولا استحال ولا وهب. والذي جرى به العمل أن لا يمين في ذلك.

وسئل البرجيني عن وثيقة تشهد من يتسمى بعد بمعرفة فلان ابن فلان وأنه غاب عن صفاقس في بعض سني عشرة السبعين والخمسمائة[1] ولم تزل غيبته متصلة في علمنا إلى الآن، وكان عمره نحو العشرين، ثم أشيع إشاعة لم تتحقق أنه توفي بالمشرق. فإن صحت وفاته فليس له وارث في علمنا إلاّ فلان عاصبه إلى آخره.

فأجاب: [54 أ] إن عمر هذا الغائب يقتضي أنه أزيد من سبعين سنة لقول الشهود في بعض سنين ولم يحقق ولو ذكر السائل أنه في بعض هذه الأعوام لم يأت له خبر إلى الآن فيحسن توفيته بالتعمير وهو الصواب في هذه المسألة.

وسئل ابن أبي الدنيا عمن شهد عليه شاهدان أحدهما شهد أنه حلف بالطلاق ثلاثاً وشك الآخر هل حلف بالثلاث أو بالأيمان اللازمة وحقق أحد اللفظين وأنكر المحلوف عليه الأمرين معاً، هل تلفق الشهادتان لاختلافهما في

---

(1) في أ: السبعمائة.

المعنى وزادت في أحد الطرفين زيادة. وقال تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا﴾[1] وقال تعالى: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَن يَأْتُوا۟ بِٱلشَّهَٰدَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَآ﴾[2] وفي بعض طرق الأحاديث يقع الشك فيها، هل تثبت الأحكام بالمشكوك فيه أو إنما العمل بما لم يقع فيه شك أو لا تلفق الشهادة لكونها مشكوكاً فيها فلم يأت بها على وجهها؟

فأجاب: لا تلفق هذه الشهادة لاختلافها ووقوع الشك في بعضها. ووقع الإطلاق لمالك أن الشهادة ترد مع الشك فيها وهذا منها.

ولابن القاسم: من شهد عليه شاهد أنه قال امرأتي طالق إن فعلتْ كذا ولم يعيّنها وشهد آخر أنه قال إحدى أمرأتيّ طالق بالتعليق أيضاً لا تلفق هذه الشهادة. ووقع له أيضاً إذا شهد واحد بطلقة واحدة وآخر بطلقة واحدة وآخر بطلقة خلعية لا تلفق. وكذا في هذه النازلة. واحتجاجه بقوله «إلاّ بما علمنا» ليس فيه دليل بل فيه دليل على خلافه أو ضده لأن السرقة لم تكن ولم تقع فكيف تعلم ما لم يقع وإنما كان الظن وهو ضد العلم ولم سلم لم يكن فيه حجة لأنهم أخبروا عن الواقع بزعمهم. والذي نحن فيه هو ما يترتب عليه الحكم ولو سلم لكان شرع من قبلنا. وآية ﴿أَدْنَىٰٓ أَن يَأْتُوا۟ بِٱلشَّهَٰدَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَآ﴾ فنقول بموجبه أي أن يأتوا بها من غير تحريف ولا زيادة، ولا شرط في كل شهادة العلم إذ فيها ما لا يتوصل إلى العلم به كشهادة الفقر بالسماع.

وأمّا ما وقع الشك فيه من الأحاديث فلا يعمل به إذا شك الراوي في الحكم هل سمع الحلّية أو الحرمة.

وأمّا حديث العرايا فجاء مرة من غير شك النخلة والنخلتين وفي بعضها الأربع أوسق، وفي بعضها الشك لمن حدث داود ومن أجل ذلك اختلف العلماء في العمل به وعدمه، وقيل: إنما عمل به لأنه عضّده عمل أهل المدينة إذ العرايا كانت عندهم خمسة أوسق فأقل مع رواية تعيين النخلة أو النخلتين. وأما الشك في ما لا يتعلق به حكم كالشك في تقديم وتأخير فيصح العمل به

---

(1) سورة يوسف، الآية: 81.

(2) سورة المائدة، الآية: 108.

وليس فيه ما يعارض باب الشهادة. وأجاب أبو القاسم بن أبي بكر بن زيتون: لا يعمل بشهادة الثاني لتردده فيها.

قلت: تقدم من هذا المعنى في مسائل الطلاق وتقدم أن مذهب شيخنا في شهادة الذي حلف بالأيمان اللازمة وحلف الآخر بالحلال عليه حرام أنها تُلَفّق في المدونة: وإذا اختلفت الألفاظ إلى آخرها. واختار إذا وقع الشك هل وقع الطلاق بلفظ الأيمان أو بلفظ الحرمة أنه لا يلزم وأن قول سحنون في مثل هذا إذا اجتمعت البيّنة على ما يوجبه الحكم أنه يعمل به على الخلاف عنه في ذلك.

وسئل الدباغ عن شاهد مقبول يكتب اسمه وينسب إلى سيّد أبيه وهو حر وأبوه مولى، هل يكون[54 ب] قدحاً في شهادته؟

فأجاب: تجوز شهادته إذا كان متأوّلاً أو جاهلاً.

فقيل له: إن كان عارفاً ترد شهادته؟

قال: نعم للحديث الوارد «من انتسب إلى غير أبيه».

فقيل له: هل للحاكم أن يستكشف عن ذلك ؟

قال: نعم فمثل المتأوّل مثل تسميتهم بالمقداد بن الأسود، ومثال الجاهل أن يقول إنه لم يكن يعرف أن ذلك يضرّه ولو عرف لم يفعله.

وسئل ابن رشد عمن يُعرف أبوه بنسب الأموي وخطه بذلك كثير وكذا الشهادة عليه الآن بذلك، وكان أبوه يكتب فلان ابن فلان ويقف وكذا يكتب هو ثم شهد عليه عدلان في مجلس أنه قال أنا معافري بعد انتساب جده أموياً، فهل يقدح ذلك في شهادته أم لا؟

فأجاب: إنه ليس بجرحة فيه لأنه يقول الآن تحققت نسبي بالبحث عنه، وإنما انتسب جدي بالأموي جهلاً منه بنسبه لأن العوام يقولون الأموي نسب واسع فمن جهل نسبه لم يخطّ في كتابه الأموي.

قلت: إن كان المعافري منسوباً إلى معافر مصر فهو موضع وليست بمانعة جمع مع النسب لأنه يجتمع النسب إلى القبيلة والبلد معاً أو الصنعة. وإن كانت

قبيلة فالجاري على مسائل القذف إن كان من العرب ونسبه إلي قبيلة ثم نسبه إلى قبيلة أخرى يمانية ولم تدخل تحت الأولى ولا هي أعم منها فهي جرحة عليه لأن الحد يقع بالقذف به إلاّ أن تثبت عادة كما قال. وإن كانت الأولى تحت الثانية أو العكس من الجنس والنوع أو العكس فلا يضر لأنه نسبه مرة للعموم ثم للخصوص أو العكس. وإن كان من غير العرب فانتسب أولاً لقبيلة ثم انتسب لغيرها من عرب أو عجم فلا يضر ذلك لأن الأعاجم لا تحفظ أنسابها. واعتبر هذا بمسائل القذف فانظره.

وسئل عن شهادة الكافة عن موسومين بعدالة فكيف لو كان فيهم أهل ستر وصيانة وتوسم، ما الحد الذي يقطع بشهادتهم فيه ورغبتي شبع الكلام في الجواب إذ لم أقف على ما يشبعني بعد بحثي عنه وعن مثله. ولست أريد باب الشهادة في السفر ولا ما حده المتكلمون في نقل التواتر.

فأجاب: إن لم يبلغ من الشهود حد التواتر موجب العلم فلهم حكم الشهادة. والشهود إحدى عشرة مرتبة فالمعلوم بالعدالة تجوز شهادته في كل شيء إلاّ في ست مسائل مختلف في بعضها واثنتان فما فوقهما في غير الزنا سواء إلاّ ما قاله بعض العلماء في الترشيد: لا يعمل فيه إلاّ بشهادة الجماعة. والمجهول الحال شهادته غير عاملة إلاّ في السفر على مذهب ابن حبيب، والاثنان فما فوقهما سواء. وغير المعلوم بالعدالة لا تجوز في شيء، وقد تكون شبهة توجبُ حكماً. ولا أدري من أجاز شهادة الكافة منهم كما ذكرت في المذهب على سبيل الشهادة وإنّما يقضى إذا وقع العلم بخبرهم من جهة التواتر.

قلت: قال اللخمي: المشهور فيه ستة عشر قسماً:

الأول: الشهادة على الأموال: البيع والقراض والوديعة والإجارة والكفالة بمال وديّة الخطأ والعمد إذا كان لا قود فيه.

والثاني: الشهادة على النكاح والطلاق والرجعة والإحلال والإحصان والعتق والولاء[55 أ] والنسب والسرقة والفدية.

والثالث: الشهادة على مال يؤول إلى ما ليس بمال مما يتعلق بالأبدان من

عتق أو طلاق، كالشهادة للمكاتب أنه دفع كتابته، وأن فلاناً باع عبداً من أبي العبد أو ابنه أو أنه باع أمة من زوجها.

والرابع: الشهادة على ما ليس بمال والمستحق به مال كالشهادة على الوكالة بمال والنقل على من شهد بمال والشهادة عل كتب القاضي إذا كانت متضمنة مالاً، وعلى النكاح بعد موت الزوج أو الزوجة، أو على ميت أن فلاناً أعتقه أو على نسبه أنه ابن فلان أو أخوه إذا لم يكن هناك أحد ثابت النسب.

والخامس: الشهادة على التاريخ كمن حلف بطلاق زوجته أو بعتق عبده ليقضين فلاناً حقه رأس الشهر فشهد بعد الأجل أنه قضى قبله، وعلى من أعتق عبده أن عليه لفلان ديناً قبل العتق. وكمن وطيء أمة ابتاعها من سيدها قبل ذلك.

والسادس: الشهادة على القتل العمد.

والسابع: الشهادة على الإقرار بالزنا على كتب القاضي، أو أنّ القاضي حد فلاناً في الزنا، أو على معتق أن سيده كان تبرأ من زناه في حين بيعه[1].

والعاشر: شهادة النساء على ما لا تحضره غيرهن كالولادة والاستهلال وعيوب الفرج والرضاع.

والحادي عشر: شهادتهن على من شهد منهن بمثل ذلك.

والثاني عشر: شهادتهن في ما يقع بينهن في الصنيع والمآتم والحمام من الجراح والقتل.

والثالث عشر: ما يقع بين الصبيان والصبيات من الجراح والقتل.

والرابع عشر: الترجمان والقائف والطبيب ومقوم العيوب والقاضي ومكشفه يُسأل الرجلان عن التعديل والتجريح إذا لم يأت على وجه الشهادة.

والخامس عشر: الشهادة على الاستفاضة.

والسادس عشر: الشهادة على السماع.

وكل هذه مختلفة الأحكام، انظر أحكامها فيه.

---

(1) لم يُذكر النوعان الثامن والتاسع في جميع النسخ.

أحكام الشهادة وبعض مسائلها

وأما الشهادات فقال في التنبيهات: أصلها البيان لأن الشاهد يبين الحق من الباطل. وقيل من العلم وحكي الوجهان في قوله: ﴿ شَهِدَ ٱللَّهُ ﴾[1] الآية، وفي اسمه الشهيد أيضاً كذلك.

وحقيقتها في العرف فعن ابن عبد السلام: لا يفتقر لتعريفها. وكلام القرافي أنه أقام سنين يطلب الفرق بين الخبر والشهادة حتى عثر عليه للمازري في البرهان يقتضي طلب الحد[2] ثم ذكر أن الخبر المتعلق بجُزْئِيّ شهادة والمتعلق بكلي خبر، ونحوه لابن بشير في كتاب الصوم.

ورسمها شيخنا بأنها قول يوجب حقاً لغير قائله بحكم حاكم. ورسمها في تدريسه: وجوب قبول قول الغير بغير دليل. وكان يستعظم تقديم الشهود. وينقل عن بعض شيوخه أن تقديم شاهد يشبه تحصيل شيطي يقطع في القصير[3] على المسلمين، لقبول قوله بغير دليل مع غلبة الهوى والميل إلى الجهات. وأيضاً فمن شرط الرسالة على الصحيح إظهار المعجزة على يدي مدّعيها وهي أشرف وأعظم مع عصمة المتحدي بها. والشهادة حدها ما تقدم.

وأما حكمها فظاهر الروايات أنها فرض كفاية ونص عليه ابن رشد فإن لم يكن هناك من يشهد إلاّ هو تعيّن عليه.

وأما أداؤها بعد تحمّلها فواجب عليه لا يحلّ له كتمها.

---

(1) سورة آل عمران، الآية: 18.

(2) جملتان سقطتا من أ.

(3) كذا وردت الجملة في جميع الأصول.

ابن يونس: اختلف في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ﴾[1] فقال مالك: هو أداؤها بعد تحملها. وأما قبل أن يشهد فأرجو أن يكون في سعة إن كان ثم من يشهد له. وقال المتيطي: قيل معنى «إذا دُعوا» يريد حين كتب الشهادة، وقيل: إذا دعوا لأدائها، وقيل الأمران، وعُزِيَ لمالك الثاني. وظاهر ما تقدم الأداء فرض عين.

وعن ابن عبد السلام: إن تحملها أكثر من النصاب فهو فرض كفاية وقدر النصاب فأقل فرض عين. واختار شيخنا الإمام إن كان أكثر من نصاب في مجلس واحد وجب على جميعهم الإجابة ما لم يستقل موجب الحكم فلا[2] يجيب، وإن كان في أوقات تعيّن الأول فالأول ما لم يظهر سقوط من يفتقر بعده لتمام النصاب. وهذا الأخذ قائم من مسألة إذا وجد ظئراً بعد ظئر وواجرهما، وهي في كتاب الإجارة. ويتخرج أنه فرض عين مطلقاً من الحمالة من مسألة من أخذ من غريمه كفيلاً بعد كفيل فله في عدم الغريم أيّ الكفيلين شاء.

ابن رشد: وقال بعض أهل العلم: يجب على كل من دعُيَ إليها أن يجيب إليها أداءً وتحمّلاً للحديث، وهو غير صحيح، لأنه قبل التحمل لا يصدق عليه اسم شاهد وإن لم يدع لأدائها، فقال عليه الصلاة والسلام «خير الشهود الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها». وعن هذا المعنى سئل ابن رشد في من باع شيئاً أو اشتراه بشاهدين عدلين فأراد الآخر أن يكثر من الشهود وأباه الآخر.

فأجاب لا يجب عليه أكثر من عدلين لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ﴾[3] الآية ويمكنه الإشهاد على شهادتهما مخافة الموت أو غيبة أو نسيان.

قلت: الصواب اليوم إذا كان يكثر فيهم العزل مطلقاً أو بجرحة أن التكثير مطلوب. وقد شاهدنا ذلك كثيراً وتعطلت كثير من العقود وبقيت بشاهد واحد.

---

(1) سورة البقرة، الآية: 282.

(2) كلمة سقطت من أ.

(3) سورة البقرة، الآية: 282.

عياض: شروط الشهادة العاملة في كل شيء ثمانية: العقل والبلوغ والذكورية والحرية والإسلام والعدالة وضبط الشهادة حين الأداء أو حين السماع وارتفاع الظنّة من عداوة خاصة للمشهود عليه وولاية خاصة للمشهود له، وقد تتخرج بعض هذه الشروط في بعض هذه النوازل.

الغرناطي: شروط تحمّل الشهادة الضبط والميز، وشروط أدائها أحد عشر شرطاً تعتبر في الشاهد حين أداء شهادته وحين كتبها أن يشهد على خطه أو في حين شهادته. فمن عريَ عن واحد منها لم تجز شهادته وهي أن يكون عدلاً بالغاً حرّاً وأن لا يكون عدواً للمشهود عليه ولا بيّنه وبين المشهود له بنوة أو أبوّة أو صهر، وأن لا يكون في عياله أو في حجره أو مديَاناً له[1] واختلف هل من شرطه أن يكون مالكاً أمر نفسه أو لا يكون عدواً لوصي المشهود عليه أو لأخيه. وتكلم على تفسير آية الدين فيُنظر فيه وتأتي بعض أحكام هذه الشروط في المسائل، إن شاء الله.

وسئل الصائغ عن قول من قال إن خبر من ليس بعدل إذا كثر يفيد العلم إن سامعه لا يحكم به لأنه من باب الحكم بالعلم وحكم القاضي بعلمه لا يجوز في مثل هذا، وفرّق بين خبرهم عن الهلال [56 أ] فيحصل العلم فيحكم به وبين خبرهم بالتواتر أن لزيد على عمرو مالاً خبراً يحصل العلم للحاكم فلا يحكم به إلاّ عند من يجيز له الحكم بالعلم وليس بمذهب مالك، لأن خبر رمضان مستند إلى حصول العلم للناس، فلو رآه وحده خاصة وجب عليه الصوم ولو رأوا هلال شوال جماعة لوجب عليهم الفطر ولا يفتقرون للاستناد للشهادة. وكذا الواحد إذا خفي له ذلك وكان مسافراً ولو لم يخف له لوجب عليه الفطر بالنية.

فأجاب: أما ما ذكرته من الهلال فالصواب أنه راجع لباب الخبر وهو اختيار بعض شيوخنا وقال بعض المتقدمين من العلماء: لكن جعله مالك من باب الشهادة، وأما المأمور بالفطر بنيَتِهِ لِيلاً يعثر عليه فلا يصدق فيؤدي إلى تهمته والنظر في حاله، وسدّ الذرائع مأمور به. وأما إذا أخبر الحاكم من يحصل

(1) كلمتان سقطتا من أ.

العلم بالقضية فيحصل بشاهدين في من يعرف طرق الحكم ويميّز بين الظن والشك والاعتقاد فيسمعان من أخبرهما، فإذا حصل لهما العلم ردوها للحاكم على القطع ويجب العمل بها لأن العلم هو معرفة المعلوم على ما هو به، والحاكم الآن لا يباح له الحكم بعلمه بل لو قيل إنه ليس فيه خلاف لما بعد ولو كنتُ أبيح لهم الآن الحكم بعلمهم لكان ذلك هو الأحسن عندي لكن منعهم من الحكم بعلمهم في هذا الوقت هو الحق والصواب.

قلت: وقعت هذه المسألة وهي إذا بلغ الشهود عدد التواتر عند القاضي فاختار شيخنا ما قال هنا إنه من الحكم بعلمه وكنتُ أجيبه أن هذا شاركه جماعة في العلم فليس هو مما استأثر بعمله، فشهرة هذه الشهادة وظهورها تقوم مقام شاهدين مع علم القاضي ولا إعذار في ذلك بمنزلة من تحمّل الشهادة بحضرة مجلس القاضي(1) أو بعثهم بالشهادة لكن وقع الحال في هذا الزمان في شهادة العدد الكثير من وجه آخر وهو أنه شاع وذاع أن القبيلة أو الجماعة الكثيرة يشهدون بالتواتر(2) أو بإخبار الشهود إياهم فيشهدون على شهادتهم اعتماداً على إخبار بعضهم بعضاً. والتواتر الذي يفيد العلم إنما هو بإخبار كل واحد منهم عن علم نفسه لا مستنداً لغيره فلذلك طلب فيه التزكية والإعذار في من زكى أو زكي.

ومسألة أبي الخير الزنديق تشير إلى الخلاف في هذا المعنى، هل هو من باب التواتر والشهادة؟ لاختلافهم الواقع في الإعذار مع كثرة من شهد عليه ولم يقم دليل على أنهم أخبروا شاهدين حتى أديا الشهادة من علمهما، وبالله التوفيق.

وسئل: أيضاً عمن التمس هلال رمضان يوم غيم فلم يره الأكثرون وزعم اثنان أنهما رأياه وكذا آخران في جهة وآخر في جهة وآخر في جهة، فهل تلفق هذه الأخبار حتى يحصل العلم بذلك ويجب الصوم أو يختلف ذلك باختلاف البقاع والأماكن لحديث (لكل قوم رؤيتهم)؟ فهل يجب العمل أو الحكم واحد في سائر الأقطار كغروب الشمس بالنسبة إلى الصلاة؟ وكيف إن أفطره لعذر في

---

(1) جملة سقطت من أ.

(2) في ج: التصادق.

بلد فكان ثلاثين ثم ثبت في بلد آخر أنه تسعة وعشرون هل يجب [56 ب] صوم الأول أو الثاني؟

فأجاب: اختلف المتقدمون[1] هل وجوب صوم رمضان بالرؤية من باب الشهادة أو الخبر؟ وإلى الثاني كان يذهب من شاورتُه، وهو الظاهر فينظر حينئذ إلى من يميّز بين العلم وغلبة الظن فيسمع من المخبرين بشرط أن يكونوا أكثر من أربعة، فإذا حصل لهم العلم بالسمع وهم عدول وجب الصوم. وتفاوُتُ من وصفتَ في المواضع ملغى وحكمهم كالبلد الواحد تسعة وعشرون يوماً.

وأجاب غيره بأنه لا بد من ذكر ما يحصّل العلم ويضبطه وذلك أن الله سبحانه وتعالى أجرى العادة في الأعداد التي تقوم بها الشهادة أنها لا تفضي إلى العلم كالأربعة فأقلّ عدولاً كانوا أو مجرحين. وأما الخامس الناقل[2] عن واحد فإنه لا يحصل العلم لأن خبر التواتر ما حصّل العلم اضطراراً وهذا ليس بمحصل فليس إلاّ شهادة الأربعة وهي لا تحصّل العلم. وأما إذا أخبر عن رؤيته عن نفسه في[3] بلد آخر فيضاف إلى الأربعة أيضاً وهو لا يحصّل العلم واختلاف البقاع واتّفاقها طردي ليس بمؤثر في الخبر شيئاً لأنه إذا أثر فإما أن يكون علة في الحكم أو شرطاً أو دليلاً وكل ذلك باطل.

أما الأولى فلأن من شرط العلة العقلية أن توجد بالذات المحصلة للأحكام وليست البقاع بموجودة بصفات المخبرين ولا بأداة إخبارهم فيبطل كونها علة وليست بعلل شرعية لعدم النص في الكتاب والسنة والإجماع.

وأما الثانية فلأن البقاع لا تجري في اجتماع المخبرين جريان الشرط لا عقلاً ولا سمعاً إذ لا دليل عليه منهما.

وأما ثالثاً فليست البقاع بأدلة على تحصيل العلم لأنا قد نسمع الأخبار من الجهات الست فيكون العلم عنه. وأيضاً فإن اجتماعهم في كون واحد محال، إذ

---

(1) في ج: المتأخّرون.

(2) كلمة سقطت من أ و ب.

(3) جملتان سقطتا من أ.

يستحيل أن يكون خبر الإنسان لغيره عنه في الوقت الذي هو فيه فتبين أنه ليس بمؤثر. ومضى الحديث المذكور ـ والله أعلم ـ أنّ قوماً إذا رأوه وجب عليهم الصوم والإفطار حكماً شرعياً من غير نظر إلى حكم غيرهم. فإذا بلغ المخبرون إلى عدد حازوا نصاب الشهادة. فإن ركنتْ أنفسنا إلى إخبارهم وكون العلم وجب علينا العمل بذلك لعلمنا أن ذلك اليوم من رمضان بهذا الخبر. وإنما يبقى النظر إذا حصّل ذلك القضاة خاصة هل يحكم به الحاكم أو لا؟ على الخلاف في حكمه بعلمه. ولو بقيت النفس مترددة في إخبار من أخبرها لوجب النظر في إخبار من أخبرها على حسب ما يظهر.

وسئل عن معنى شهادة الاستفاضة.

فأجاب: بأنه لا يراعى فيها العدول إلاّ في الناقلين ولا المنقول عنهم. فإذا كثر الخبر وانتشر حتى حصل العلم وارتفع الشك صار ذلك لمن حصل له هذا كمن شاهد القضية وصحت الشهادة بذلك إلاّ أنه ليس الآن من يحكم ذلك وكثيراً ما يجري اليوم ويسمع من الحديث ويكثر وأصله كذب.

قلت: تقدم موجب ذلك وما يحصل من العلم يشهد به من علم ولا يخبر عن غيره، ونص على ذلك الباجي وغيره عن بعض البغداديين وغيرهم.

وسئل أيضاً عمن ركب مركباً في البحر ثم لم يوجد له خبر ولم تقم له بينة عدلة[1] أنهم رأوه حتى ركب وإنما شهد أربعة [57 أ] أو أقل ليسوا بعدول ولم يبلغوا خمسة فأكثر حتى يحصّلوا العلم أنهم عاينوه في المركب، هل يحكم بموته هو وجميع من ركب في المركب فيورث ماله أو حكمه حكم المفقود؟ وكيف إن مات أحد ممن يرثه هل يوقف نصيبه وتقسم التركة أو توقف التركة أجمع أو يورث نصيب منها أو يسقط ميراثه؟

وعن شاهد أشهد في فلان عند خروجه إلى سفره أنه أزال ملكه لابنته عن نصف السانية وأوصى لها بأشياء منها خمسة عشر ديناراً من فاضل غلة السانية،

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

هل تحلف مع هذا الشاهد وتستحق وتوكل على النظر في أمرها رجلاً؟ هل هذا مقرّ أنه ركب في هذا المركب أم لا؟ وهل يحكم بموته أو فقده؟

فأجاب: بأنه قد قدّم بأنه لم يعاين ركوبه عدول ولا عدلان في المركب المعروف بالنوتي، وإنما هم أربعة غير عدول أحدهم عبد وهم إلى ضدّ العدالة. واشتهار الخبر بقفصة كان من هذا العبد لأنه أول واصل ثم تتابع. فإن شهد أحد بالاستفاضة من العدول فإنما مستنده ما قدّمْناه. وفي مثل هذا قال الشيخ أبو عمران موسى بن عيسى بن أبي حاج الفاسي بخطه في ما أجابني فيه: الاستفاضة لا تعلم حقيقتها لا يُحكَم بها في تصحيح موت ولا يُقْسم بها مال.

وسئل السيوري عن الأولى وعمّن غُدِر في الجبل مع أصحابه فشهد جماعة غير عدول أنهم دفنوه وأتوا ببعض متاعه، واشتهر هذا الخبر في بلدان جماعة، فأفتى بعضهم بأنه كالمفقود ولم يلتفت إلى أن ابتدأ اشتهاره عن غير عدول وإنما سوّلت لهذا نفسه من لا يعرف العلم ولا يسأل أهله فلم يسلم في دينه وتجاسر على عطب نفسه وهلك في دنياه وأخراه وترك كثيراً من هذا السؤال ففيه زيادة ونقص وقلة تحصيل.

فأجاب السيوري المذكور بأنه ليس في هذا استفاضة ولا يحكم فيها بموت، ويمين السفيهة والسفيه يمين تبرع اليوم وبعد اليوم، وإنما الاختلاف في النكول. وما ذكره الشاهد في فاضل الغلاّت يقوّي ما ذكر في السؤال من حوزه لها، ولهذه المرأة أن تحلف مع هذا الشاهد وتأخذ ما شهد به لها وهي الخمسة عشر ديناراً ولا يحكم في هذا الرجل بشيء من سبب هذه الشهادة وتُوقِف قضيته حتى ينظر ما يزيد من الخبر.

قلت تقدم الخلاف في يمين السفيه مع الشاهد فانظره في أحكام ابن سهل.

وعن ابن أبي زيد: إذا أقام للصبي شاهد بحق أحلفَ الغريم، فإن حلف تُرِكَ إلى بلوغ الصبي وحلف وأخذ، وإنْ نكل المطَلوب غرم. وقيل: يوقف المال مع حلفه، وهو قول ضعيف.

قلت: حكى ابن رشد قولاً يحلف أبو الصبي وآخر يحلف الصبي. انظرها في النكاح من الشرح.

وسئل عن المولى عليه شهد بدين على أبيه ومعه في الوارثة أخ.

قال: يحلف الطالب مع شهادته ويأخذ من نصيب أخيه دونه وإن أبى أن يحلف فلا يأخذ شيئاً منهما.

قلت: اختلف في شهادة المولى عليه على غيره وظاهر المدونة إلغاؤها مطلقاً وإقراره على نفسه لغو مطلقاً في المال دون ما يرجع إلى بدنه.

وسئل عن رجل يكون من عصبة فينقرضون ولا يجدون من يشهد إلاّ على السماع أنّا لم نزل نسمع أن هذا ابن عم لهؤلا [57 ب] ولا يسمّون الجدود.

فأجاب بأنهم إذا شهدوا بالسماع ولم يقولوا إنهم مجتمعون في جد واحد ولا يعلمون له وارثاً غيره قضي به.

قلت: تقدم من هذا وبعده جواب للمازري في قوم يُكفى منهم بظاهر عدالة الإسلام ويستحلف القائم بشهادتهم وتعديلهم عن تركته بعد الاستيفاء والاستقصاء والاجتهاد.

وسئل ابن رشد عمّن ادّعى في ولد أنه ابن أمته مملوكته وادعى الولد أنه ابنه من حرة، وأقام جماعة غير عدول أنه أقرّ أنه ابنه وشهد عدول بالسماع الفاشي أنه ابنه لا بإقراره، وهل الشهادة على الحي والميت في ذلك سواء أم لا؟

فأجاب: شهادة غير العدول كالعدم وشهادة السماع بالنسب إن لم يشتهر عند العدول حتى يقع به العلم فلا يثبت له النسب مع حياة الأب وإنكاره على حال، والخلاف فيه على علمك بعد الموت على ثلاثة أقوال أحدها يثبت المال دون النسب لابن القاسم، أو يثبتان معاً أو لا يثبتان لأن المال مبْني على ثبوت النسب.

قلت: هذه مسألة تكلم عليها في الولاء والشهادات وغيرهما.

ابن الحاج: شهادة السماع ربما كان أصلها عن واحد فلذلك ضعفتْ ولا بدّ من يمينه كما يحلف مع الواحد.

وفيه: إنّ الشهادة على السماع في الأحباس لا بدّ أن يذكروا فيها المعرفة أنها تحترم بحرمة الأحباس، ويزاد إن هلك المحبس فلا ترث امرأته من الدار وتهلك ابنته فلا يرث منها زوجها أو ولدها والذكر والأنثى في القسمة فيه سواء فهذا تفسيره. وكثير ممن يشهد عندنا فلا يعرف شيئاً من هذا أو لا يفقهه ولا يتحرّى في هذا إلاّ بالمعرفة لا بالسماع، والمعرفة بهذا التفصيل في الاسترعاء كاليد للمحبس، ولا يستخرج بشهادة السماع من يد مالك شيء.

قلت: هذا الذي أشار إليه من الشاهدات لا تكون إلاّ بالمعرفة فيه في الأحباس. قيّده ابن رشد عن المدوّنة وظاهره أنه داخل تحت شهادة السماع لولا تقييده فقال فيها: والشهادة على السماع في الأحباس جائزة بطول زمانها يشهدون أنّا لم نزل نسمع أن هذه الدار حبس تحاز حوز الأحباس فقال: قوله تحاز بحوز الأحباس يريد على العلم قال: وإن لم ينقلوا عن قوم معينين إلاّ قولهم سمعنا وبلغنا، ولو عينوهم لم يكن سماعاً وكانت شهادة على شهادة. ثم قال بعد: وسئل مالك عن قوم شهدوا على السماع في حبس على قوم وأنهم يعرفون أن من مات منهم لا يدخل في نصيبه زوجته، إلى آخر ما ذكر كما تقدم فجعله تفسيراً لمعنى الشهادة بالعلم.

وفيه: إن شهادة السماع جائزة في أشياء منها النكاح وصفَتُها فيه: إذا أراد إثبات الزوجية وهي تحته أو يموت أحدهما فيريد الحي الميراث فيثبت الزوجية بالسماع المستفيض، فإن لم تكن المرأة في عصمته فأثبت الرجل أنها زوجته تزوجها بالسماع فلا تنفع، لأن شهادة السماع إنما تنفع مع الحيازة للمرأة وهي لم يَحزْها أو أنّ أصل السماع من واحد أفشاه وهو لا يجوز وحده في النكاح. ويظهر في هذا الوجه أن له أن يبنيَ بشهادة السماع كما له ميراثها لأنه لا يكون إلاّ بعد صحة النكاح، إلاّ أن يكون سماعاً محصلاً للعلم كما أن عائشة زوجة النبي عليه الصلاة والسلام [58 أ] فلا يختلف في هذا لا سيّما مع طول الزمان وقد مات من يشهد بمعرفته بينهما ويأتي في هذا الأصل خلاف. وتولية القاضي يُعْمَل فيها على السماع الفاشي فإن كان فيها من تولية فلان الأمير فهي أتمّ وإلاّ فهي محمولة على التمام من قِبَل مَن إليه ذلك.

وفيه: عن ابن الماجشون: لا يجوز في شهادة السماع أقل من أربعة لأنها من الشهادة على الشهادة وأيضاً شهادات الزنا فاحتيط لها إن علمت كذلك. ولأصبغ: شهادة الاثنين في السماع جائزة، وقيل: لا تجوز إلاّ بأكثر من اثنين إلاّ أن يكونا شيخين ....[1] فهي ثلاثة أقوال. قال شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ: شهادة السماع لقب يصرح الشاهد فيه بإسناد شهادته بسماع من غير معيّن فتخرج شهادة البت والنقل.

قلت: هو نص ما تقدم فيها وفيها طُرُق، الباجي عن القاضي: هي مختصة بما لا يتغير حاله ولا ينتقل الملك فيه كالموت والنسب والوقف المحترم، فيشهد على الموت بالسماع في ما بعد من البلاد لا ما قرب. قال شيخنا: يشترط أن لا يطول زمن تقدم الموت كالعشرين عاماً ونحوها هذا لا يقبل فيه إلاّ البت. قاله بعض من لقيتُ وهو صواب لأنه مظنة البت لمن ببلد قريب.

قلت: أخذ العشرين عاماً في الطول من شهادة السماع في الأحباس والحيازات.

وقال الباجي: في ما قرب أو كان ببلد الموت الشهادة فيه على البت لحصول العلم به بالسماع المتواتر كالشهادة بأن نافعاً مولى لابن عمر كما قيل لابن القاسم: أشْهدْ أنك ابن القاسم ولا نعرف أباك ولا نعرف أنك ابنه إلاّ بالسماع، قال: نعم.

قلت: تقدم قبل هذا نحو هذا الكلام في المسائل منها ما سئل عنه أبو عمران في رجل من أهل قفصة انقطع إلى سكنى سوسة ثم أشيع بقفصة موته فبكاه أهله بقفصة واستفاض عندهم موته ولم تشهد بيّنة بموته فهل يورث وتؤدّى ديونه ويقسم ماله؟

فأجاب: الاستفاضة التي لا تُعلم حقيقتها لا يحكم بها في تصحيح موت ولا قسمة مال.

---

(1) بياض بمقدار ثلاث كلمات في أ، وهي غير مقروءة في ب و ج.

وسئل ابن عبد الرحمن: إذا لم يثبت موته لم يكن ذلك لهم. وعن أبي حفص: لا يقسم ماله ولا يحدث فيه ولا في مدبره وزوجاته شيء حتى يثبت موته بعدول أو حكم قاض بموته.

ومنها ما سئل السيوري عن مسافرين تأتي كتبهم إلى أهليهم فيخبرون أن فلاناً مات أو تأتي رفقة كبيرة أو صغيرة فيخبرون أن فلاناً حضرنا موته أو يقولون مات في البلد أو نُقِل إلينا، ويذكر هذا الاثنان والثلاثة ونحوهم، هل تعتد امرأته ويقسم ماله؟

فأجاب: شهادة السماع ليس بشيء. وأما الجماعة التي قالت حضرنا موته فعن ابن القاسم عشرون يقبل قولهم، ثم ذكر ما تقدم لسحنون وابن أبي زيد والأصوليين من تحصيل العلم عن خمسة فأكثر فإن لم يحصل فلا يعمل عليه في باب العلم إلاّ أن الأغلب في العدد الكثير حصول العلم بهم، فإن وقع النكاح على غير هذا نقض ولحق الولد للشبهة، وإن وقع النكاح بعد العدة كما يجب في نفسه الأمر مضى ولم يرد. وأجاب غيره: شهادة الاستفاضة [58 ب] في هذا الأصح عند أهل النظر قبولها وإن وردت من قوم مفترقين وإنما يراعى فيها وقوع العلم إذا نقلها مَن شاهد ما نقله وعلمه اضطراراً.

ومنها ما سئل عنه عبد المنعم عمن أشيع بقفصة أنه مات بعد موت عمه واستفاض ذلك عندهم ورفع عند قاضيها ذلك فحكم بموته.

فأجاب بأن حكم شهادة الاستفاضة في البلد بموت غائب عنها لا يصح إلاّ أن يتصل باستفاضته البلد استفاضتها بأخرى والتي قبلها بأخرى حتى يصل إلى بلد الميت أو تكون الاستفاضة ناقلة عن قوم ثبت بهم الحكم وإن لم يبلغوا في الكثرة إلى حدّ الاستفاضة، وعلى الذي عليه الدين البحث عن ابن الأخ هل هو حي أو ميت؟ إن لم يكن هناك قاض عدل يكشف عن ذلك، وما أراه موجوداً، فإن لم يعلم له بعد البحث خبراً فليشهد على نفسه عدولاً أن ابن الأخ المذكور عنده من المال كذا، ويتوقف إلى أن يأتي أو يثبت موته فيدفع إلى ورثته.

ومنها مسألة اللخمي في من توفي بغير البادية وله ابن عم فيها فشهد قوم منهم ـ وربما كانوا ثلاثين ـ بأنه ابن عمه ووارثه ولا يجد من يشهد غير هؤلاء.

فأجاب: إذا عدم العدول بالموضع وأجمعوا على أنه ابن عمه فأرى أن يرثه إلاّ أن يشهد أحد بخلاف ذلك فينظر في إحدى الشهادتين. وما ذكرت من العدد الكثير فإذا كانوا جماعة الموضع ولم يشهد أحد بخلافهم رأيت أن يرث انتهى.

وإنّما سقتُها لئلا يحصل في صيغة شهادة السماع وجوه متغايرة فيحتمل أن تكون متفقة متنوعة إلى ما ذكر كل واحد من استخراج وجوهها المختلفة في المعنى فيتحصل فيها أقوال هل يعمل بها مطلقاً؟ وعكسه للسيوري أو الفرق بين القرب والبعد والفرق بين أن تصل الاستفاضة من بلد إلى بلد أم لا؟ أو الفرق بين الضرورة من غيرها معارض أو لا تكون ضرورة. فاعتبر ذلك تُصِبْ إن شاء الله.

الباجي عن القاضي في قبول شهادة السماع في النكاح قولان بناء على اعتبار عدم تغييره إذا مات أحدهما واعتبار جواز النقل فيه.

وفي نوازل سحنون: أيشهد على النكاح بالسماع كالموت؟

قال: جلّ أصحابنا يقولون إذا انتشر الخبر بالنكاح في الجيران أن فلاناً تزوج فلانة وسمع الدفاف وكثر به القول جازت الشهادة به. وكذا في الموت تسمع النائحة ويكثر القول في الناس شهدنا جنازة فلان جازت الشهادة بالموت وإن لم يحضره. وكذا النسب يسمع كثرة قول الناس فلان ابن فلان فإنه يشهد على نسبه، وكذا ولاية القاضي بما يسمع من الناس وربما رآه يقضي. هذه الأربعة تجوز فيها الشهادة على السماع. ابن رشد: تجوز الشهادة في الأربع على القطع من جهة السماع إذا أفاد العلم باستفاضته، وكذا غير الأربعة. لأن الأخبار المتواترة تفيد العلم في ما طريقه العلم وغلبة الظن في ما طريقه غلبة الظن كالتعديل والترشيد. وقول جلّ أصحابنا[59 أ] يدل على أنّ منهم من لا يقول ذلك ولا خلاف فيه إنّما الخلاف في شهادة السماع دون قطع كقوله سمعنا

سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم كذا قيل لا يصح في هذه الأربعة ولا في غيرها، وهو قول ابن القاسم لقوله فيها: شهادة السماع لا يثبت بها النسب ولا الولاء، ويقضى له بالمال دون ثبوتها، ولم يرها عاملة في الحبس إلاّ مع القطع بمعرفة أنها تحترم الأحباس، ولا في الشراء المتقادم إلاّ مع الحيازة. والثاني جوازها في الأربعة وغيرها وهو دليل حكاية ابن حبيب جواز الشهادة على السماع في الملك دون الحيازة وهو دليل قول سحنون في غير الجل. والرابع يجوز في هذه الأربعة دون غيرها وتقدم شهادة السماع في ضرر الزوج.

وفي سماع أصبغ: من افتدتْ من زوجها ثم قامت بيّنة تشهد بالسماع أن زوجها كان يضرّ بها أتجوز؟ قال: نعم لا يشهد فيها إلاّ بالسماع يسمعه الرجل من أهله ومن الجيران فيكون فاشياً فيجوز وإلاّ حلف عليها. ولو شهد واحد على القطع في ضرره وتضييقه عليها حلفت معه وردّ عليها ما أخذ منها. ابن رشد: إجازة شهادة السماع دون يمين خلاف أصله فيها في أنه لا يثبت نسب ولا ولاء إنّما يستحق بها المال مع يمينه واختياره أنه لا يكتفي بشاهديْن مراعاة لقول ابن الماجشون المتقدم الذكر انظره.

وفي الواضحة عن مالك: يجوز في ما تقادم عهده من الأشرية والحيازات والصدقات والأحباس وشبهها.

المتيطي عن ابن الهندي: شهادة صالحات النساء في الضرر والخدم اللاتي يدخلن عليهن جائزة. قال شيخنا الإمام: الرقّ مانع من الشهادة في الذكور فأحرى في الإناث، وصرف ذلك للخبر يؤدي إلى حكم الحاكم بعلمه.

قلت: شهادتهن ضرورة كشهادة الصبيان في الجراحات والقتل وشهادة المآتم والأعراس والتّدْمية بالمستورين والمجهولين أو الفساق والمترجم والقائف والطبيب غير المسلمين إلى غير ذلك. وهذه إحدى مسائل شهادة السماع الثاني عشر[1] الأحباس المتقادمة والأشرية كذلك والنكاح والنسب والولاء والميراث والموت وولاية القاضي وعزلته والعدالة والتجريح والإسلام

(1) كذا بجميع الأصول.

والكفر بالله والولادة والرضاع والترشيد والتسفيه، وفي بعض هذا نزاع.

وقد نظمها شيخنا الإمام في أبيات ورويناها عنه وهي:

شهادة ظن بالسماع مقالتي تساعد متّيطيّهم في النهاية[1]
فوقْفٌ قديم مثله البيع والولا وموْت وإرث والقضا كالعدالة
وجرح وإنكاح وكفر ضده ورشد وتسفيه وعزل ولاية
وإضرارُ زوجٍ والرضاع وفي النسب نفاس حكى اللخمي لوث قسامة
فخذها بنقل ثابت لهما معا وما لابن رشد عَزْوُه غير ثابت

وزاد في مختصره وأسقط[2] هذا البيت:

وزاد لنا الكافي سماع تصرف وإنفاق ذي إيصاء أو ذي نيابة[59 ب]
وتنفيذ إيصاء لعشر وضعفها سنين ابن زربٍ زادَهُ في مقالتي

وما نقل عن اللخمي هي قوله: القسامة تصح بستة أوجه ذكر فيها وبالسماع المستفيض. ابن القاسم: مثل ما لو أن رجلاً عدا على رجل في سوق الآخر وشبهه من كثرة الناس بقطع كل من حضر عليه بالشهادة، فرأى من أرضى من أهل العلم أن ذلك إذا كثر هكذا وتظاهر بمنزلة اللوث.

قلت: ظاهره إنّما يحصل العلم حسبما تقدم له في النوازل فلا يكون فيه دليل. وما أشار إليه من كلام ابن رشد هي أبيات نقلت عنه:

أيا سائلي عما ينفذ حكمه ويثبت سمعاً دون علم بأصله
في العزل والتجريح والكفر بعده وفي سَفَهٍ أو ضد ذلك كلّه
وفي البيع والأحباس والصدقات والرضاع وخلع والنكاح وحلّه
وفي قسمة أو نسبة وولاية وموت وحمل والمضر بأهله

واستدرك ولده فيها فقال:

ومنها هبات والوصية فاعلمن وملك قديم من يظن بمثله

---

(1) كذا في أ و ج، وبياض بمقدار كلمتين في ب.

(2) في ب: وزاد.

ومنهـــا ولادات ومنهـــا حـــرابـــة ومنهـــا إبـــاق فليُضـــمّ لشكلـــه
فـدونكهـا عشـريـن مـن بعـد سبعـة تـــدل علـــى حفـــظ الفقيـــه ونبلـــه
أبـى نظـم العشـريـن مـن بعـد واحـد فـــأتبعتُهـــا ستـــاً يمـــامـــاً لعملـــه

ابن هارون: واستدرك عليهما العدم والملأ والعدم والأسر وما تقدم للخمي من القسامة، فقلتُ تتميماً لذلك المقال، ونسجاً على ذلك المنوال:

وفـي اليسـر والإعسـار سمـع مقـرّر وفـي الأسـر يـروي مـن يقـوم بنقلـه
أبـو الحسـن اللخمـي قـائـل يقسـم ولاة قتيـــل بـــالسمـــاع لقتلـــه

ووجد شيخنا بخطه «أبو الحسن اللخمي تقسيم قائل» عوض الشطر الأول من البيت الثاني. قال: وما نسبوه لابن رشد بعيد من لفظه في البيان، وكذا والله أعلم.

قال ابن عبد السلام: لست أدخل تحت عهدة صحة نسبة القطعتين إلى من ذكر، واستخراج هذه المسائل مما تقدم من النقل وما يأتي.

ابن فتحون: تجوز على السماع في الحمل والولادة والرضاع. ابن عات: وكذا في الأنساب إذا نفي من نسبة، ذكره ابن عبد الغفور. وفي الكافي: جائز أن يشهد أنه لم يزل يسمع كان في ولاية فلان يتولى النظر له والإنفاق عليه بإيصاء أبيه إليه أو تقديم قاض عليه وإن لم يشهد أبوه ولا القاضي بالاستفاضة من أهل العدل والرضى وغيرهم.

وفي مفيد الحكّام لابن هشام: أفتى ابن زرب في وصيّ قامت له بينة بعد ثلاثين سنة على تنفيذ وصية أُسنِدت إليه بالسماع من أهل العدل وغيرهم أنه جائز. وشرط شهادة السماع أن يقولوا سمعنا سماعاً فاشياً من أهل العلم وغيرهم وإلاّ لم تصح، قاله ابن حبيب.

وعن الأخوين ونحوه عن محمد قال: ولا يسموا من سمعوا منه. وتقدمت وفي اشتراط العدالة في المسوع منهم ثالثها إلاّ في الرضاع. نقلها المازري وغيره وزاد: لعله استثناء الرضاع في النقل عن شهادة امرأتين عدلتين،

ويشترط في شهادتهما[60 أ] الفشو والانتشار ولا يشترط النقل عن العدول لأن التواتر يفيد العلم ولو لم يكن المخبرون مسلمين.

الباجي: يحتمل أن يشهد عدلان بعلمهما ذلك بالخبر المتواتر الذي لا يراعى فيه عدالة ولا إسلام أو يريد شهادة النساء على فشو ذلك مع شهادة امرأتين على الرضاع.

وأفتى ابن رشد بصحة السماع من لفيف الرجال والنساء وإن لم تبن عدالتهم بين متزوج مثله يثبت أصلاً لها[1].

ابن فتوح: شهادة السماع لا تكمل إلاّ بأن يضمن فيها أهل العدل وغيرهم. على هذا مضى الناس، وليس يأتي آخر هذه الأمة بأفضل مما جاء به أولها. فلو اقتصر على أهل العدل ولم يسمهم ففي النوادر عن أشهب وظاهر نقل ابن فتوح صحتها. ونقل عن بعضهم أيضاً تُقْبل الشهادة فيُفتقَر لتسميتهم، ولو ذكر عموم الناس ولم يذكر العدول ففي صحتها بما لا يخرج من يد نقلٌ. اللخمي: وهي في ما يخرج به من يد لغو باتفاق.

قلت: وما يكتبه أهل الوقت من قولهم من أهل الثقات وغيرهم سماعاً يقوم مقام العيان ويحتمل العلم تشديد منهم. وقد عارضتُ في ذلك شيخنا الإمام وقلت له: إنها شهادة علم فيحذف السماع كما نص عليه الباجي وغيره وقال: إنّما قصدهم مبالغة في الإخبار لأن العامة تستسهل شهادة السماع فتشدّد بهذا وإنّما هي شهادة سماع. قال: وأفتى بعض شيوخ شيوخنا بلغْوِ شهادة السماع بالموت في تقديم موت ميت على آخر بينهما إرث، وأظنه عزاه لفتوى بعض القرويين في موتى بقتل كان نزل بتونس لفتنة تحت إمرة أمير إفريقية بالقيروان. وهو ظاهر قولها في كتاب الولاء: من ماتت امرأته وابنه فقال ماتت امرأتي قبل ابني وقال أخوها بعده لا يرث الموتى بعضهم من بعض إلاّ بيقين.

قلت: يحتمل أن يكون الميراث أنه ميراث بالشك ولم يكن هناك إلاّ مجرد الدعوى فلو حصل شهادة السماع لترجّح العمل به في القبلية على حكم

---

(1) جملة مضطربة في جميع الأصول.

شهادة الشاهدين يقيناً إذ لا يحصل ذلك إلاّ الظن فلا يؤخذ من قوله إلاّ بيمين. وهو ظاهر ما تقدم من فتوى عبد المنعم في هذه النازلة لكنه اشترط تكرر الاستفاضة لأجل أنه فرضها مع الغيبة، والله أعلم.

وتقدم الكلام هل من شرط السماع في الأحباس معرفة البينة تحوز بحوز الأحباس والاحترام بحرمتها أو لا؟ وانظرها في الطرر وأحكام ابن سهل وابن حدير وغيرهما.

وفي سماع عيسى: إذا شهد رجلان أنهما كانا يسمعان أن هذه الدار حبس جازت شهادتهما وكانت حبساً على المساكين إن لم يسم أحداً. ابن رشد: إجازة ابن القاسم شهادة الشهاد في هذه المسألة خلاف مذهب المدونة، ثم ذكر المسألة السابقة.

ابن عبد السلام عن بعض الأندلسيين: لو شهدوا على أصل الحبس لم يكن حبساً حتى يشهدوا بالملك للمحبس يوم التحبيس. [60 ب] وتجوز شهادتهم على السماع ولا يسمون الحبس ولا يحتاج إلى إثبات ملك. وحكى المتيطي ما نصه في عقد الإشهاد: وشهد بذلك من يعرف المحبس فلان يملك المحبس، وأن ملكه لم يزل عنه بوجه إلى أن عقد فيه التحبيس في علمه. وإن لم يعرّف الشهود الملك أسقطتَ ذكره من العقد ولا تغفلْ أن تبيّن كيف قُسّم الحبس على السوية أو التفضيل. ومثله لابن فتوح وغيره فهو مخالف لنقل ابن عبد السلام.

ابن عات: إذا أشهدوا في عبد أنه حر معتَق فإن كشفوا اسم من أعتقه أعذر إليه أو لوارثه وجوباً، فإن قالوا هو حر معتق ولم يزيدوا عى هذا تمت الشهادة ولا يكشفون عن أكثر. قاله ابن مالك في الأول عن ابن سهل.

قلت: ظاهر ذكر هذه المسألة في ترجمة الحبس على السماع أن الجزء الثاني شهادة سماع من هذه المسألة. والذي أحفظه عن شرح التلقين للمازري ـ وعهدي به بعيد ـ أن العتق والطلاق لا يثبتان بشهادة السماع عند المالكية خلافاً للشافعي. وكانت نزلتْ وتُوُهِّمَ فيها أن شهادة السماع عاملة ويشك هل هي في

الطلاق أو العتق؟ وطلبوها في المسائل المتقدمة فلم يجدوها ونشك أن للمازري فيها اختياراً على قياس بعض المسائل المتقدمة[1] من نكاح أو ولاء أو نحوه، فانظرها فيه لتعذُّره عليّ.

ابن الحاجب: تجوز شهادة السماع الفاشي عن الثقات في الملك والوقف والموت للضرورة بشرط طول الزمان وانتفاء الريب. ابن عبد السلام: ليس هذا على إطلاقه إنّما هو في الوقف والملك والصدقة والأشرية القدمية والنكاح والولاء والنسب والحيازة جميعه مشترَط في طول الزمان.

قال شيخنا الإمام: مقتضى المذهب أن شهادة السماع القاصرة عن شهادة البت في القطع بالمشهود به يشترط فيها كون المشهود به بحيث لا يدرك بالقطع والبت به عادة، وإن أمكن البت به عادة لم تجز فيه شهادة السماع، وهو مقتضي قول الباجي، أما الموت فيشهد فيه على السماع في ما بعد من البلاد أما ما قرب أو ببلد الموت فإنّما هو شهادة بالبت. وقد شهدتُ شيخنا ابن عبد السلاِم وقد طلب منه بتونس أهلها إثبات وفاة صهر له مات ببرقة قافلاً من الحج فأذن له فأتاه بوثيقة بشهادة شهود على السماع لوفاته على ما يجب كتبه في شهادة السماع وكان ذلك بعد موته يتقرر فيها بت العلم بوفاته والقطع بها. وأظن أن ذلك كان منذ ثمانية أعوام فرد ذلك ولم يقبله.

وفي المجموعة لابن القاسم: إذا شهد رجل على السماع وفي القبيلة مائة من أسنانهم لا يعرفون شيئاً من ذلك لم تقبل شهادتهم إلاّ بأمر يفشو ويكون عليه أكثر من اثنين إلاّ أن يكونا قد باد جيلهما فتجوز شهادتهما. وفي اليمين مع شهادة السماع خلاف بين ابن محرز وغيره.

[61 أ] ابن عات عن ابن رشد: إن شهدوا في السماع أنّ فلاناً من عقب المحبس ولا عقب له سواه جازت الشهادة إن عجز عن البينة القاطعة.

وعن سحنون: جل أصحابنا يقول في النكاح إذا انتشر خبره في الجيران

(1) جملتان سقطتا من أ.

فلان تزوج فلانة وسمع الدفاف أن يشهد أن فلاناً تزوج فلانة وكذا في الموت يسمع النائحة والقول الكثير إنا حضرنا جنازة فلان فله أن يشهد بموته، وكذا ولاية القاضي بما يسمع من الناس.

ابن عبد الحكم: وله أن يشهد على امرأة أنها زوجة فلان إذا كان يحوزها بالنكاح ولو كان تزويجه إياها قبل ولادته.

وقيل لابن القاسم: أتشهد أنك ابن القاسم؟ قال: نعم.

وسئل ابن رشد عن شهادة النساء في الأحباس واختلاف السائلين فيها.

فأجاب بأن مشهور المذهب ومعلومه بأنها عاملة لأنها من الأموال ولا خلاف في جواز شهادتهن في الأموال وإنّما اختلف في ما ليس بمال يجرّ إليه كالوكالة على الأموال وشبهها، وإنّما يتخرج عدم جوازها من قول ابن الماجشون وسحنون أن شهادتهن لا تجوز إلاّ حيث تجوز اليمين مع الشاهد إذا قلت إن الحبس لا يستحق باليمين مع شاهد وفيه اختلاف.

وسئل عبد المنعم عن رجل يشهد على امرأة أو رجل لا يعرف اسمه، وكيف شهادة السماع؟

فأجاب: الشهادة فيها على قدر ما يستقر في النفس ويحصل القطع حتى تكون كالمشاهدة، فإن حصل ذلك شهد وانتفع بشهادته إن عدّل وإلاّ فلا تجوز الشهادة.

قلتُ: ويُزاد في معرفة من لا يعرف اسمه أو اسم أبيه الشهادة على عينه. وقد تقدم ما حكاه في الطرر من أن الأبكار تجوز الشهادة عليهن وإن جهل أسماءهن، وفي الزوجة خلاف هل يشترط معرفة اسمها أو لا ؟

وسئل أبو القاسم بن عبد الملك عمن يغيب عنها زوجها بعد عقد النكاح وقد دخل بها أم لا، فيطلبن النفقة أو الطلاق ويشهد من يحضر من النساء على معرفة أنهن زوجات لأزواجهن حتى غابوا ولو حضر الأزواج لعرفهم العدول الشاهدون في أصل العقد فهل تقبل مثل شهادة هؤلاء أم لا؟

فأجاب: بأن المذهب مُنْطوٍ على طلب العدالة وهي تختلف باختلاف أبوابها فتارة تقع على الاختيار من غير ضرورة قصداً للتوثّق فشرطها العدالة، وقد تسقط الشهادة إذا عرض لها عارض في بعض الحالات وتارة تقع ضرورة لا على الاختيار، مثل ما يقع في نوادر الأمور كالتّدْميات وشهادة الصبيان في ما يقع بينهم وشهادة النساء في الولائم والمآتم وغير ذلك. فقد اختلف أصحاب مالك هل تشترط العدالة في ذلك أم لا؟ على تفصيل يطول جلبُهُ. والمطلوب فس الشهادة غلبة الظن بصدق شهودها فمن عارضها تهْمة سقطت. ومنه منعوا شهادة البدوي على الحضري على وجه دون آخر مثل أن يوقع نادراً على وجه الضرورة. [61 ب] ومثله الشاهد المستور تجوز شهادته على وجه دون غيره. وقد وقع لبعض أصحاب مالك في مثل هذا شهادة الأمْثَل في كل بلد وإن كانوا بالنسبة إلى غيرهم أنقص. ووقع لهم في المرأة إذا خاصمت زوجها فترجع إلى جيرانها تُعْلمهم بحالها وكذا ما يكون بين الجيران من التداعي والأبنية والأملاك يرجع فيها إلى الأمثل. دليله قوله عليه أفضل الصلاة والسلام «خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم، وتبقى حثالة كحثالة التمر والشعير لا يبالي الله بهم، تسبق أيمانهم شهادتهم وشهادتهم أيمانهم». ومعلوم أنه لا بدّ من تنفيذ القضايا والأحكام في كل زمن فينظر فيه إلى الأمثل فالأمْثَل. وإذا كانت هذه النازلة من هذا النوع ودعت الضرورة إليها وكان المشهود له وعليه من لفيف الناس وأطرافهم بحيث لا يعرفهم العدول في غالب الحال لم توقف الشهادة على العدالة وترجع فيه إلى أمثل من يعرفهم من الجيران وأهل السوق ومن يتوهّم فيهم الستر ويتوخّى فيهم الخير وتميل النفس وتسكن إلى صدقه فيعمل عليه. وقالوا في الطارئة تقدم وتدّعي أنّ زوجها طلقها أو مات عنها تقبل للضرورة بخلاف الحاضرة، وهو يؤيد ما قلناه.

قلت: تقدم في الطرر: لكل قوم عدولهم وكذا اليوم في التركة في بعض دون بعض وفي مسألة دون أخرى. وتقديم العدول في البلاد والقرى وأنهم في تونس كشهود الاسترعاء لأن العدالة اليوم مقبولة بالتفاوت فيقدّم في كل بلد الأشْبَه فالأشْبَه. وتقدّم أن الشهادة إذا حلف عليها ففي قبولها خلاف.

سئل السيوري عن بكرٍ طُولِع القاضي بنكاحها فأشهد أنه وكل أخاها على عقد نكاحها ثم حضر القاضي وبعض قرابتها ممن كان شهد على القاضي فشهد على معرفة اليتيمة ووكالتها لأخيها وخالها فشهد القريب عليها في صداقها ظناً منه أنه من إشهاد القاضي على نفسه ثم تبين أنه من توكيلها لأخيها فجاء واستأذنها وذكر لها الزوج ورضاها فرضيت.

فأجاب بأنه خروج عن الشهادة الأولى إذا كان يعرفها.

وسئل ابن الصائغ عمن يزوجها أبوها ويدخل بها زوجها أو يتيمة مهملة تتزوج وتدخل ثم تسقط صداقها لزوجها بعد موت أبيها أو تبيع وتشتري هل تمضي أفعالها أم لا؟

فأجاب: تختبر بعد دخولها فإن كانت رشيدة في حركاتها وجب إمضاء فعلها وسواء كان ذلك في حياة أبيها أو بعد موته أو مولّى عليها إنّما ينظر إليها في حال فعلها، والرشد لا يخفى على المباشرين للمحجورين، فإن كانوا ليسوا بعدول فيجمع منهم جماعة فيسمعون من يعرف مواقع العلوم فإن وقع لمن يسمعونه العلم بالرشد شهد به وكذلك السفيه وتقبل من خطه، لا يقبل في الاسترعاء إلاّ الشاهد المبرز العدل ومن صفته أن يكون متيقظاً ضابطاً غير مغفّل عارفاً بطرق الشهادة ومحلها وأدائها ومعاني الألفاظ وما تدل عليه نصاً وظاهراً ومفهوماً وهو بحسب ما يدل عليه الاسترعاء من فصوله وطول الأمد وقربه لما يعرض في طول الأمد من النسيان لا سيما إذا كان العقد يتضمن فصولاً فلا يغفل ذلك كل شاهد.

قلت: ظاهر هذا الكلام أنه يكتب شهادة الاسترعاء ويرفعها.

وفي أحكام ابن سهل: إن شهادة الاسترعاء إذا تأخرت عن وقت تحملها فلا ينقلها الشاهد إلاّ من حفظه لا أنه يكتبها، ونقله عن بعض المفتيين، وظاهر كلام غيره في هذا السؤال أنه لم يعتبره. وجرت عادة القضاة اليوم أنه ينظر الوثيقة في ما شهد به من حفظه فإن طابق قوله لفظ الوثيقة عمل عليه وإلاّ رد شهادته، وربما تساهل وقرأ الوثيقة على الشهود من غير معرفتها من حفظهم،

ولعله إذا رأى الشاهد ممن لا يستغفل ولا يتساهل في الوثيقة[1] خاصة وإلاّ استثبتَ كما تقدم، وذكر هنا صفة الرشد في المحجور وما قاله هو ظاهر المدونة. وأما لو لم تكن شهادة فالذي عليه العمل إذا مضى سنة أو نحوها في البكر المهملة فأفعالها على الإمضاء حتى تكون ظاهرة السفه، وفي أفعالها قبل ذلك قولان قائمان من نكاحها الثاني وغيره. وأما إذا مات الأب فالذي عليه العمل عند بعض الأندلسيين أنها لا تحمل على الرشد إلاّ إذا مضى لها ست سنين فأكثر هذا في حياة الأب فإن مات الأب بعد دخولها فأحفظ عن ابن رشد أنها تُلفّق لها ست سنين[2] قبل وفاته وبعدها، ولا أدري في أي تواليفه رأيتُ له ذلك وظننت أنه في المقدمات ولم أبحث عليه، وزعم غيري أنه بحث عليه فلم يجده ويعرف له ذلك في أبواب مدة الحيازة، والله أعلم.

عياض: شروط العدالة أربعة صدق اللهجة واجتناب الكبائر وتوقّي المثابرة على الصغائر والتزام مروءة مثل الشاهد.

ابن الحاجب: العدالة المحافظة الدينية على اجتناب الكذب وتوقّي الصغائر وأداء الأمانة وحسن المعاملة ليس معها بدعة. وتعقَّبَه شيخنا الإمام واختار بأنها صفة تمنع موصوفها البدعة وما يشينه عرفاً ومعصية غير قليل الصغائر.

وسئل الصائغ عما نسب للشافعي في صفة الشاهد العدل أنه الأغْلَب على أمره ظاهر الخير وإن كان فيه تقصير عن بعض أمره لأنه لا يخلو أحد رأيناه من الذنوب، وإذا خلط الذنوب والصلاح فليس إلاّ الأغلب من أمره على الاجتهاد فيميّز بين حسنه وقبيحه، فلا بد من اختلاف المجتهدين فيه، فإذا ظهر حسنه قُبِل قوله، فهل ما وصف من العدالة هي المعروفة للضرورة في هذا الوقت؟ إذ قد يُضيع بعض الفروض أو يرتكب بعض المحظور وإذا كان خيره أكثر من شره فيقبل، وقد لا يوجد إلاّ من هو دونه والضرورة تلجىء إليه.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

(2) ثلاث جمل سقطت من أ.

فأجاب: إنّما ينظر إلى خيْر من هو في الوقت وأمْثَل فتجوز شهادته، ولكل وقت حالة تراعى فينظر حين الوقت ويجتهد في ذلك فتجوز شهادته على قدر الأزمان والأوقات، فهذا هو المقدور عليه إذ لو راعينا صفات العدول المتقدمين لبَطلتْ الأحكام [62 أ] فينظر في هذا من ابتلي به وقدر عليه. أسأل الله الخلاص في عافية.

وذكر عياض في شرحه لحديث أم زرع: التحدث بملح الأخبار وطرف الحكايات تسلية للنفس. وهكذا ترجم الترمذي باب ما جاء في كلامه عليه أفضل الصلاة والسلام في السمر وأدخل حديث أم زرع وخزامة ثم قال: يروَى عن علي ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: سلّوا هذه النفوس ساعة بعد ساعة فإنها تصدأ كما يصدأ الحديد. وعن ابن عباس إذا أفاضَ من عنده في الحديث بعد القرآن والتفسير يقول: احْمِضُوا، أي إذا مللتم من الحديث والفقه وعلم القرآن فخذوا في الأشعار وأخبار العرب كما أن الإبل إذا ملّتْ ما حَلاَ من النَّبْت رعت الحمض وهو ما ملح. ومنه قول الرهوي: هاتوا من أشعارِكُم فإن الأذن مجّاجَة وللنفس حمضة، أي أنها تنتقل إلى الشيء بعد الشيء كما تفعل الإبل. وقول أبي الدرداء إني لاستجمّ النفس ببعض اللهو ليكون ذلك عوناً لي على الحق. وعن علي ـ رضي الله عنه ـ: القلب إذا كره عمي. وعن بعض الحكماء: إنّ الأذن مجّاجة وللقلب مللاً ففرقوا بين الحكمتين ليكون ذلك استجماماً وهذا ما لم يكن دائماً متصلاً وإنّما يكون في النادر والأحيان، كما قال ساعة بعد ساعة ولو كان عادة الرجل حتى عرف به واتخذه دائماً ويطرف به الناس ويضحكهم دائماً فهو مذموم دالُّ على سقوط المروءة ورذالة الهمة وخلع برد نزهة النفس واطّراح ربقة الوقار والسمت مدلجاً صاحبه في باب المجون والسخف.

قلت: ومثل هذا قول الشاعر:

أفد طبعك المكدود بالجد راحة ... يجمّ وعلّلْه بشيء من المزح
ولكن إذا أعطيتَه المزح فليكن ... بمقدار ما تعطي الطعام من الملح

عياض: وقد عدّ هذا الفن الفقهاء مما يقدح في عدالة الشاهد فذكر

الأبهري وغير واحد من أيمتنا أن التزام المروءة مشروط في العادلة ونحوه للشافعي وأيمة أصحابه. وذكر شيخنا الطرطوشي الفهري أنّ الشاهد يتنزّه عن كل ما يُسقط مروءته في الأكل على الموائد في الأسواق والطرقات غير مستخْفٍ وكشف رأسه وبدنه بحضرة الناس ومد رجليه بحضرتهم والحكاية المضحكة وذكره بالسخف، فهذا وشبهه يسقط العدالة عند العلماء ويمنع الشهادة.

عياض: وهو صحيح والمداومة على ذلك تُسقط من مروة ذوي المروءات وتزيل سمْتَ أصحاب السمت والتّصاون. واشتراط المروءة في الشهادة والعدالة كاشتراط اجتناب المحارم، ولكن لكل واحد مروءة ما ولهذا قالوا فيه ملتزماً لمروءة مثله.

وعن ابن محرز من أيمتنا القرويين: المروءة المطلوبة في الشاهد الصيانة والسمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون وكل خُلق دني. وعن بعض أيمة البغداديين: العدالة عبارة عن استقامة السيرة والدين، ويرجع حاصلها إلى هيئة راسخة في النفس تحمل على ملازمة التقوى والمروءة جميعاً. قال: وقد شرط [63 أ] في العدالة التوقّي عن بعض المباحات القادحة في المروءة نحو الأكل في الطرق والبول في الشارع وصحبة الأرذال وإفراط المزح.

وعن القاضي أبي الطيب في صفات العدل: تجنّبْ ما يمرض القلوب ويورث التهم في ما جلّ وقلّ. قال: ومن علمائنا من صار إلى أن عدم التّوَقِّي على المباحات القادحة في المروءة كالجلوس على الطرقات والأكل في الأسواق ومصاحبة الأرذال والإكثار من الدعابة يقْدَح في العدالة ولا أقطع بذلك. وعندي أنه مفوض إلى اجتهاد القاضي، فرب شخص في نهاية التديّن وتجنُّب التكلّف يصدر ذلك منه فلا يتهم ورب شخص يؤذن ذلك منه بقلة المبالاة وهذا يختلف باختلاف الآفات والأشخاص والأحوال وهو مفوّض إلى الاجتهاد.

عياض: وهو صحيح حق بَيِّنٌ من معنى ما مرّ لغيره من أن لكل واحد مروءة ما معتبرة ومن أسقط مروءته ولم يهتبل لها دل على اختلال تمييزه إذ لم يتحفّظْ لنفسه ولا اهتبل لصلاح خاصته فقعدتْ همّته لذلك في دينه ولم يسْتمر

إلى باطِنِه لما اضطرب علينا ظاهره وهذه نكتة بالغة في هذا الفصل.

قلت: وإنما كتبتها لأنها من أكمل حالات تفسير المروءة. وقد حُكي عن الشيخ الصالحِ أبي العباس السبتي حالات من التنزل مع العامة والخاصة ومع ذلك لا يُعتقَد فيه إلاّ خير لما اشتهر من صلاحه وزهده وإيثاره للفقراء بما يحصل تحت يده. وقد كان لي أخ في الله بينه وبيني صحبة في الله من حداثة شبابنا إلى أن قُبض ـ رحمه الله تعالى ـ بمكة مهاجراً في الله تعالى بعد رسم رباطات في القيروان وغيرها، كانت حاله هذه من التنزل مع السوقة والقصّابين ومستغرقي الذمة وسفلة الناس وأشرافهم لكي يتحصل منهم ما يأتي به إلى فقراء منقطعين إليه إلى غاية التنزل أوله يسأل على الدور لهم وتمادت حالته كذلك من هذه السيرة حتى خرج إلى مكة وبها توفي ـ رحمه الله ـ وقد اشتهر بالصلاح والزهد فيها وفي غيرها، فمثل هذا لا يقدح في عدالته وصلاحه لما يعرف من باطنه من حسن الاعتقاد وطلب صلاح الحال. جمعني الله وإياه في الجنة برحمته وفضله وجميع إخواننا من المسلمين.

وكان شيخنا الصالح الراوية الشيخ أبو الحسن محمد الأنصاري البطرني يحكي أن الشيخ الصالح الولي المشهور أبا محمد المزدوري مجرّب الظاهر وقد اشتهر عند العامة والخاصة بالولاية فلا يقدح في عدالته تخرّب الظاهر إذا اشتهر هكذا لأنه غلب باطنه على ظاهره والله أعلم. وفي ما ذكرناه في هذا الباب كفاية.

وجماع هذا ما نص عليه في المدونة في تفسير قوله ولا ظنين وهو المنصوص عليه في خلائقه ومحالفته حال العدول.

ابن الحاج: في شهادة أهل الصنائع الرذيلة كالحائك والحجام والكناس وجهان.

قلت: وزاد في الصنعة الدنية في باب الكفاءة؛ الخباز والفرّان والحمامي وشبهه. والصناعة الجليلة كالنجارة والبُناة ونحو ذلك. وأحفظ للغزالي في المعيار: [63 ب] أفضل الصناعات ما يحتاج إليه كعلم الدين والحراثة والحياكة

وكل ما يلمّ بالملبوسات والبناء لأن هذه ضرورية. وتقدم لنا في النكاح أن الحياكة اليوم في إفريقية من صناعات ذوي الهيآت، وكذا رأيتها في بعض البلاد المشرقية، فيكون بحسب الأوقات والبلاد وعلى ما عللها به ابن محرز لأنها تورث خبالاً في العقل تكون مرجوحة مطلقاً لعله قال: إن صنَعها اختياراً من لا تليق به لأنها تدل على خبل في العقل. وكنت رأيت لبعضهم أن هذه الصناعات إن صنَعَها تصغيراً لنفسه أو ليدخل السرور بها على فقير أو يتصدق بما يأخذ فإنها حسنة وإلاّ فهي جرحة وهي نحو مما قدمناه عن بعض المتصوفة.

وسئل السيوري عن رجل من العدول الثقات رقى أجنبية محصنة على بطنها يطبّها من وجع بها بغير محضر زوجها فوجده كذلك فطلّقها، فهل دخوله ورقاه جرحة أم لا لكونه يجهل ذلك؟

فأجاب: هي جرحة عليه.

قلت: يحتمل أن يكون سبب جرحته الأمرين لكونه بغير محضر زوجها ومباشرته جسدها فيكون من باب المباشرة على الصغائر كما قال أبو عمران في من يكثر منه الحيف على إحدى زوجاته أنها جرحة بخلاف إذا وقع مرة واحدة. ويحتمل أن يكون لوضع يده على بطنها فقط لأنه من صغائر الخسة. وأما ما كان بغير محضر زوجها ومباشرته فقد يقال بالجواز في باب الطب إذا لم يخْلُ بها، كما أجازوا دخول الشهود عليها بغير محضر زوجها، وإن وقع في الرواية أنه يكره إلاّ بحضرته. وفي كون هذا من الطب فيه نظر.

وحكى من اعتنى بذكر فضائل الشيخ ذاو يعزى[1] أنه ربما رقى المرأة على رأسها وصدرها وظهرها وتعقّبَ عليه فقال: أنتم تجيزون ذلك للطبيب ولو كان كافراً، فكيف لا يجوز لمن يطب القلوب؟ وهذا إذا ثبتت ولاية الولي وصلاحه وكبر سِنّه فيقرب هذا. كما جرى بيني وبين شخص في الدخول على الشيخ

---

(1) كذا ورد العلم في جميع الأصول ولعل صوابه «أبو يعزى» شيخ من متصوّفة المغرب وأحد أساتذة أبي مدين في التصوّف. ذُكرتْ بعض أخباره في كتاب نفح الطيب للمقري 7:137، 138.

القرنبالي للتبرّك به فقال لي الشخص المذكور: لا يعتقده لأنه قبل امرأة أو مس صدرها، فقلت: إنّه شيخ كبير من عقلاء المجانين فلعله لم يحضر عقله حينئذ مع أن الآدمي والجماد في حقه صارا واحداً. فدخلنا عليه وسلمت عليه وطلبته في الدعاء فدعا لي بخير وتقدّم صاحبي فقال: هات يدك نقبلها، فقال: توجعني فيها، فلم يزل حتى أخذها فقال والله ما وجعتني إلاّ بذلك، ولأي شيء تفعل هذا معي.

وأما غيره فالصواب سد هذا الباب، لأنّ كثيراً ممن دخل في هذه الطريق جاهل يعتقدون أشياء وهي على خلاف اعتقاداتهم ويحملونه على الصلاح وهو لهو، يرد كما ذكر الطرطوشي في سماع أصوات الصبيان في السماع مما تستلذه النفوس كأصوات النساء ويستولي الشيطان كثيراً على من ينتسب لهذه الطريقة ويحسبون أنهم على شيء ألا إنهم هم الكاذبون.

وسئل ابن مفاوز عمن عرف بالظلم والغصب وشهد عليه عدول مبرزون بأنه غصب ملكاً لرجل فأعذر إليه وضربت له آجال وتلوّمات فانقضت ولم يأت بشيء لتغيّبه ولم يحكم عليه حتى أتى بشهود زكاهم غيرهم يتضمنون العداوة بينه وبين الشهود بسبب الدنيا وحطامها هل [64 أ] تجوز هذه الشهادة أم لا؟ لكونهم ليسوا من أهل التبريز وقلة المعرفة بالشهادة والجهل بذلك.

فأجاب: إذا كان الشهود كما وصفت من الجهالة وقلة المعرفة بالشهادة فشهادة هؤلاء غير جائزة ولا مقبولة.

وسئل أصبغ بن إدريس إذا قُبِل شهود العداوة وثبتت عدالتهم وهم من أهل المعرفة بمعنى العداوة جازت شهادتهم فيها وإلاّ لم تجز.

وأجاب ابن سليمان: اختلف قول مالك في هذه المسألة فروي عنه أنه يقبل التجريح بالعداوة والهجرة إذ يمكن ذلك من الصالح، وبه قال أصبغ وروي عنه: لا يُبَاح تجريح المبرز بعداوة ولا غيرها. والذي أقول به إن كان المشهود عليه بالحالة الموصوفة عدم القبول والظالم أحق بالحمل عليه وإلاّ قبلت بالعداوة ممن هو فوقه ودونه ومثله.

وسئل اللخمي عن ثلاثة عشر رجلاً شهدوا بديْن ولم يتقدم لهم عند القاضي شهادة.

فقال: يحلف المشهود له مع شهادة هؤلاء المذكورين إلاّ أن يكون هناك ريبة فيتربص حتى تُكشَف، وإن تكن المداينة في سفر فلها حكم آخر. وفي جواب آخر: إذا علم العدول بالموضع نظر إلى ما يقول أماثل جيرته وأهل محلّته وسوقه.

وسئل أيضاً عن نحو ثلاثة وعشرين شهدوا لرجل بالتعصيب.

فقال: يحلف القائم بهذه الشهادة ويستحق. وجواب المازري تحته: إن كان القوم غير موسومين بسخطة ولا جرحة قبلهم بظاهر عدالة الإسلام ويحلف القائم معهم ويعديه على التركة بعد الاستقصاء والاجتهاد.

وسئل ابن محرز عمن عُرِف أبوه وجده بخدمة السلطان وجباية خراجه وبيده مال جليل أخذه عنهم ثم تعرض هذا الوقت للعدالة ولم يزل المال الذي أخذه عن أبيه وجده بيده.

فأجاب: لا تقبل شهادة من ذكرت.

قلت: هذا واضح إن قلنا يُجْبَر على إخراجه للفقراء أو المصرف وإن قلنا بكراهة بقائه، أو إنه يورث عمن مات ففي جرحته نظر والأول ظاهر ما ورد من السنة في حديث ابن . . .[1].

ومشاطرة عمر ـ رضي الله عنه ـ عماله لإشكال ما في أيديهم. وما حكاه ابن حبيب عن مالك وأصحابه وبه أفتى أكثر المتأخرين أنه يُجْبَر على إخراج ما في يده. وهذا في المال الحرام إذا لم يكن له طالب معيّن، فلو أخرجه واستخلف غيره ففيه كلام لابن رشد وغيره يأتي بعد هذا في مسائل الغصب إن شاء الله. وكثير اليوم ممن جمع المال من خدمة السلطان أو بجاهه ويطلبون العدالة، وربما تولى بعضهم، وإلى الله المشتكى.

---

(1) سقط اسم راوي الحديث في الأصول.

قال شيخنا الإمام: وكذا كل ما حصل لمدعي ملك بوجه لا يحل إلا في المعاملات الفاسدة وروابت المكس والظلم، والواقع في حرمات لا يقتصر حكمها بزيادة بيان في السعي فيها للغير إعانة عليها وقبول بعضهم شهادة من تلبّس بشيء من ذلك لا يخفى على منصف حكمه. وتقدّمت حكاية ابن شعيب في شركة الخامسي محتجاً بقوله تعالى: ﴿فَلَنَسْـَٔلَنَّ ٱلَّذِينَ أُرْسِلَ إِلَيْهِمْ﴾[1] الآية.

وسئل ابن أبي زيد عمن ترك السلام على جاره الصالح مراراً أو مطلقاً، هل يقدح في شهادته حتى يرجع بالسلام؟

فأجاب: لا تحل الهجرة بترك السلام إلاّ لبدعة أو مجاهرة بالكبائر، فإن لم يكن لهذا فهو آثمٌ ساقطُ الشهادة والصلاة خلف غيره أولى، ومن صلى خلفه لم يعد.

وأجاب: إنّ الهجرة القادحة في الشهادة على الهجرة على الدنيا، وأما على الدين فهي عليه جائزة.

قلت: تجري على أحكام العداوة فإن كانت للدنيا فهي قادحة وأما على الأمور الأخروية فحكى فيه ابن يونس وغيره خلافاً وتفرقاً وتارة بأن يأتي متعلقاً به أولاً كالخصومة لذلك.

وفي سماع ابن القاسم: من هاجر رجلاً ثم بدا له فسلم عليه وهو مجتنب لكلامه إن كان مؤذياً له فقد بريء من الشحناء. ابن القاسم: فإن كان غير مؤذٍ لم يبرأ منها. قلت: فهل تسقط شهادته عليه باعتزاله كلامه وهو غير مؤذ له؟ **قال**: نعم.

ابن رشد: معنى قول مالك وابن القاسم أن المسلم يخرج من الشحناء إن كان المسلّم عليه مؤذياً للذي ابتدأه بالسلام، ولا يضر البادىء بالسلام تركه كلام المؤذي، وإن كان المسلّم عليه غير مؤذٍ للبادىء بالسلام فلا يخرج البادىء بالسلام بسلامه من الشحناء حتى يكلمه، إذ لا عذر له في ترك كلامه،

---

(1) سورة الأعراف، الآية: 6.

فإن كان مؤذياً له جازت شهادته له إذا سلم عليه وإن لم يكلمه، وإن لم يكن مؤذياً لم تجز شهادته عليه حتى يرجع لكلامه.

ولابن حبيب عن الأخوين: إن كان ما بينهما خاصاً لم يخرج من الهجران ولم تجز شهادته عليه حتى يرجع إلى كلامه وإن لم يكن ما بينهما[1] خاصاً بري من الهجران بالسلام وإن لم يكلمه وجازت شهادته عليه.

الشيخ في المجموعة عن ابن كنانة: هجرة المتهاجرين إن كانت خفيفة وقعت على أمر خفيف جازت شهادة أحدهما على الآخر، وأما المهاجرة الطويلة فلا.

وسئل أيضاً عن شهادة الخوارج بعضهم على بعض أو على سني أو سني على سني هل تجوز أم لا؟ وفي جواز مناكحتهم؟

فأجاب: مذهب مالك وأصحابه عدم جواز شهادتهم مطلقاً وغيرهم من العلماء يجيزها للضرورة لبعضهم على بعض أو حيث لا يوجد غيرهم أو يكونون هم الأغلب في البلد أو كلها في الترك وغيرها. كما أجاز مالك شهادة الرفقة بعضهم على بعض وقاضي ذلك البلد لا يعرفهم ويتوسم فيهم الخير.

وأمر مالك قاضي المدينة أن يقبل شهادة الطنجيين في ميت مات منهم أن ورثته فلان وفلان ويأخذون تركته وقال: هذه ضرورة. وفي هذه الفتوى رخصة لقضاة جربة لأن جلّها خوارج إلاّ النادر منها. وقد جرت عادتهم برفع عدلين سنّيَيْن معهم لكن الجزيرة كبيرة ولا بد من الاضطرار لعُزّابهم[2] ومرابيطهم ويستكثر منهم ويتوسم الصدق لا سيّما من يقول منهم إن المعصية كفر كيف كانت وهو مذهب أوليهم. وقد أخبرني بعض قضاتهم أنه إذا اختصت الشهادة يعرضها على المشهود عليه ويقول له: فلان يشهد عليك، فإن سلم الطعن فيه أو يصدقه أو يشهد بصلاحه عنده يمضي عليه حكمه، والصواب أنها ضرورة كما قال: ومن ابتليَ فإنه يقرب الأمر [65 أ] فيه كيف يظهر له لو ألح الحق.

---

(1) ثلاث جمل سقطت من ب.

(2) في أ: لفقرائهم، وفي ب: لقرائهم.

وسئل عن قول سحنون في النصراني يسلم ثم يشهد يستأنى في قبول شهادته مع أن الإسلام يجبّ ما قبله.

فأجاب: إن الرجل قد يكون ورعاً صالحاً ولكنه يكون مخدوعاً في عقله وهذا في أصل الخلقة يوجب اختبار هذا، وقد اشترط ذلك سحنون من القاضي المستوفي للشرط، قال: ويكون غير مخدوع في عقله.

قلت: حكى المازري عن المذهب جواز قبول شهادته مطلقاً، وفي بعض تعاليق أبي عمران: إن كانت صفته حسنة قبل إسلامه ولم ينقص منها إلاّ الإسلام قُبلتْ. وفي السرقة منها: لوْ حُدّ النصراني في قذف ثم أسلم بالقرب قبلت شهادته[1].

وفي الزاهي: تقبل شهادة الكافر حين إسلامه لحديث «الإسلام يجبّ ما قبله» وظاهره معها كنقل المازري. وكذا الصبي قرب احتلامه بخلاف العبد حتى يُعتَق وينظر في حاله قبل عتقه.

وسئل اللخمي عمن شهد على رجل شهادات فقدح المشهود عليه فيه بأنه يلحن في أم القرآن وغيرها من المعوّذات واشتغل بأمر دنياه.

فأجاب: شهادته جائزة ويتعلم ما عجز عنه مما ذكرت أنه لا يحسنه.

قلت: هو جار على اختلافه مما قيل في صلاة اللّحان بأنها صحيحة، ويلزم على ظاهر المدونة من بطلاتها عدم جواز شهادته إذا كان قادراً على التعلُّم فلم يفعل كما ذكر بمنزلة من ترك صلوات حتى خرج وقتها عمداً.

وفي نوازل سحنون عن ابن وهب: تارك الجمعة بقرية تُجمَع فيها دون مرض ولا علة لا تجوز شهادته إلاّ أن يكون ممن لا يُتّهَم على الدين لبروزه في الصلاح وعلمه مرة واحدة دون عذر لأنها فريضة كفريضة الصلاة لوقتها يتركها مرة واحدة لوقتها عمداً. وبلغني عن عمر بن عبد العزيز أنه كان يأمر إذا فرغ من الجمعة أن من وجد لم يشهدها ربط في عمود وعوقب.

---

(1) جملة سقطت من ج.

ابن رشد: قول سحنون أظهر من قول أصبغ، ومعنى قول سحنون: إن لم يُعلم له عذر وليس معلوماً بالصلاح والفضل على ما قال ابن القاسم وليس قولهما بخلاف لابن وهب، وإنما كان قول سحنون أظْهَر لأن المسلم لا يسلم من مواقعة الذنوب فلا يخرج بما دون الكبائر من الذنوب التي هي صغائر إلاّ أن تكثر لقول النبي ﷺ «من ترك الجمعة ثلاثاً من غير عذر ولا علة طبع الله على قلبه بطابع النفاق» دلّ على أن ما دون الثلاث بخلاف ذلك في عظم الإثم، فوجب أن يُلحق بالصغائر. وكذا في تارك صلاة واحدة من الصلوات حتى خرج وقتها لغير عذر ولا ترد شهادته حتى يكثر ذلك منه. ابن الحاج: من شهد عليه أنه يتخلف عن صلاة الجماعة دون عذر تسقط شهادته، ومثله لابن رشد.

قلت: إذا تكرر ذلك منه لغير عذر وتكون الجماعة لا تقوم إلاّ به لأن صلاة الجماعة إما فرض على الكفاية أو سنة يقاتَل عليها أهل البلد كترك الأذان لأنهما من السنن المتواترة.

وفيه: أخذ الأجرة [65 ب] على صلاة النافلة مكروه وهو في الفريضة أشد، وقيل بإجازة ذلك، غير أنه ينبغي أن يعتقد أخذ الأجرة على خدمة المسجد وما لا بد منه غير الصلاة وعلى الصلاة وحدها مكروه، ولا يبلغ بأخذها سقوط شهادته.

وفي الواضحة عن الأخوين وابن عبد الحكم وأصبغ: من يعرف أنه لا يقيم صُلبَه في الصلاة في ركوعه دون عذر لم تجز شهادته. ابن يونس عن ابن كنانة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود دون سهو ولا عذر ولو في التنفل لم تجز شهادته. قال شيخنا الإمام: إن علم إقامته في الفرض جازت شهادته.

قلت: وهذا على رواية أشهب أن الاعتدال فيها فرض وهو الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام «لا صلاة لمن لم يقم صلبه في الصلاة» واختاره غير واحد. وعلى ما في العتبية أنه سنة ينبغي أن يفرق بين كثرته منه فيكون مانعاً لأنه من المثابرة على ترك السنن وقلته لا تقدح في الشهادة. وما قاله في النافلة واضحٌ لجواز صلاتها جالساً أو مومياً على خلاف هذا في الأجر.

وفي النوادر: وكذا من لا يحكم الوضوء، ولابن سحنون عنه: وكذا من هو من أهل الصلاة بالتيمم لسفر أو مرض وهو لا يعرفه، وكذا من لا يعرف قدر نصاب المال وهو ممن تجب عليه الزكاة.

قال شيخنا: ممن ماله كثير لا يفتقر في زكاته لتحقيق قدر النصاب لأنه لا يتوقف إخراجه على معرفة قدره وهذا في المال العين لا في الماشية والزرع.

وفي نوازل سحنون: من قوي على الحج ولا عذر في تركه إياه من العشرين إلى الستين فهي جرحة ولو كان بالأندلس.

ابن رشد: الذي أقوله إنه ليس بجرحة إلاّ بعد السبعين.

وله في نوازله: سقوطه عن أهل الأندلس.

قلت: كل تكلم على زمانه من الأمن والخوف.

وفي نوازل سحنون: خروج الفقيه الصالح إلى الصيد متنزهاً ليس بجرحة. ابن رشد: لأنه مكروه فتركه أحسن.

قال شيخنا الإمام عن بعض شيوخه: إنّ بعض القضاة من شيوخه أسقط شهادة بعض شهود الجزيرة القبلية لخروجه مع قائدها للصيد فلعله لأجل الجمع الذي خرج معه لا تجوز صحبته تطوعاً.

وفي نوازل سحنون: شهادة المنجم المدّعي أنه يعرف القضاء وهذه جرحة بيّنة. ابن رشد: معناه أنه يدّعي أنه يعرف من ناحية نظره في النجوم ما قضى الله به وقدّره قبل أن يكون، والقول بهذا إضلال وكفر وهو جرحة بيّنة. وفي كتاب السلطان: من ينظر في النجوم فيقول الشمس تكسف غداً والرجل يقدم غداً وشبهه يُزجَر فإنِ لم ينْتهِ أدِّب.

وإني أرى الذين يعالجون المجانين زاعمين أنهم إنّما يعالجون بالقرآن، قد كذبوا لو علموا ذلك لعَلِمَتْه الأنبياء. قد صنع لرسول الله ﷺ فلم يعرفه حتى أخبرتْه الشاة. وأرى هذا ينظر في الغيب، وأنها لمن حبائل الشيطان.

ابن رشد: ليس قوله تكسف الشمس غداً أو القمر ليلة كذا من جهة النظر [66 أ] في النجوم وعلم الحساب ليس من جهة قوله من هذا الوجه فلان يقدم غداً في جميع الوجوه. وجعل الكسوف إنّما هو بمقابلة الشمس القمر من جهة المقابلة والكمال ليلة الرابع عشر، ويُدرك ذلك بعلم الحساب فكلما يقابل من الشمس شيء من القمر أذهب ضوءه في الكل أو البعض لعادة أجراها الله تعالى آية، وليس ذلك من دعوى علم الغيب لكن الاشتغال به لا يُغْني، والإقرارُ به قبل كوْنه ضررٌ في الدين لأن الجاهل يظنه من علم الغيب فيزجر عن ذلك قائله ويؤدب.

قال: واختلف في المنجم يدعي أنه يعلم وقت فلان أو نزول المطر أو ما في الأرحام أو ما يستسرّ الناس به من الأخبار وحادث الفتن على أقوال انظرها في بقية كلامه.

وخرّج أبو داود عنه عليه أفضل الصلاة والسلام قال «من تعلّم باباً من النجامة فكأنّما تعلم باباً من السحر» المازري: نقلت هذا الحديث بالمعنى ومعناه: ما يؤدي إلى أن النظر في النجوم يؤدي إلى التكفير والتضليل مما هو مبسوط في كتبهم وأَمَّا ما يُعْلَم من طريق تدقيق الحساب مثل حساب المنازل وكونها تدور في كل شهر حتى يعلم أنها تكون في كل شهر منازل معلومة فهذا جائز علمه وتعلمه والقول به بإجماع، واختلف في الكسوف ثم نقل سحنون يؤدب، وعن القاضي أبي الطيب أنه يجوز لأنه مما يعلم بتدقيق الحساب، لأن الفلك أكَرة[1] دائرة كحبل يدار والعقدة التي في طرف الأكَرة كأطراف الحبل، وإذا التقى الشمس والقمر عند العقدة كان منه الكسوف بالتغليب فإن غلب الشمس على القمر كان الكسوف بالقمر فإن غلب القمر كان الكسوف بالشمس وهذا يعرف بالحساب كما تُعرف المنازل، فإذا دقّق الحساب عُلِم منه التقاء الشمس والقمر عند تلك العقدة علم منه أن الكسوف يكون ووجه قول سحنون أنه حماية للذريعة. ووجه قول القاضي إنه إذا كنا نرى عياناً صدق قولهم

(1) الأكرة: الكرة.

وإصابتهم في الكسوف ثم مع هذا يكون به ويؤدَّبُ قائله فهو مكابرة للحس والعيان، فإذا رأى ذلك العامي ومن لا يعرف وقع في نفسه الريبة من الشريعة والدين، فكان من المصلحة والحرص على هذه القاعدة أن يصدق بذلك ولا ينكر عليهم ما يقولون.

فيه: ونقل ابن يونس: أكرَهُ القراءة بالألحان حتى يشبه الغناء ولا أرى شهادة من فعل ذلك. أبو محمد: قد اختلف في رد شهادته ولعله يريد الألحان التي تغَيّر نصّ القرآن ومخارج حروفه.

وفيه: في المدونة كره مالك قراءة القرآن بالألحان فكيف بالغناء يُغَنَّى، فكيف عن مخرجها إلى حد الغناء فهذا ينتهي إلى التحريم. والمكروه هو ما لم يخرجها عن حكم الأداء. وأما الترنّم وتحسين الصوت به فجائز. قد سمع رسول الله ﷺ قراءة أبي موسى الأشعري وقال «لقد أوتيتَ مزماراً من مزامير داود» وقال عليه الصلاة والسلام «زيّنوا القرآن بأصواتكم» وقد قبل ذلك في قوله تعالى: ﴿يَزِيدُ فِي الْخَلْقِ مَا يَشَاءُ﴾[1].

وفي الطرر عن الكافي: لا تجوز شهادة من يكثر سماع الغناء [66 ب] ومن يغشى المغنين ويغشونه. ولا بأس باستماع الحداء ونشيد الأعراب ورفع العقيرة بالإنشاد والترنّم بالشعر وشبه ذلك.

المازري: الغناء لا بآلة عندنا مكروه.

وعن ابن عبد الحكم: إنّ من أدْمَن على سماعه رُدّتْ شهادته، وكأنه رآه علماً على سقوط المروءة.

وعن مالك: تردّ شهادة المغني والنائحة إذا عرفوا بذلك فشرط اشتهارهم بذلك وهو دال على الخساسة. وكذا الرقص بالصفاقتْين اللتين تسميّان عندنا بالشيرانة[2] والغناء بآلة، فإن كانت ذات أوتار كالعود والطنبور والمعزفة

---

(1) سورة فاطر، الآية: 1.

(2) كذا في أ، وفي ب: الشبراتة، وفي ج: الشرانة. والشيزان: العودان اللذان يُضرب بهما الطبل، انظر دوزي 1:810.

والمزمار فالظاهر عند بعض العلماء حرمته. وأطلق محمد بن عبد الحكم أن سماع العود مكروه وقد يريد به الجرحة لما كان ذلك يقارن غالباً شرب الخمر ويبعث عليها استحبّ عليها حكم التحريم. ابن يونس عن ابن عبد الحكم: سماع العود جرحة إلاّ أن يكون في صنع لا شرب فيه فلا يجرح وإن كره على كل حال.

وفي الطرر لابن لبابة: من شرب خمراً ولم يُحَدّ عليها ثم تاب وحضر الحروب وحسنت حاله فشهادته جائزة ولا يجرح بما مضى من فعله. غيره: شهادة كل تائب من سرقة أو قتل أو حرابة جائزة في كل شيء.

قلت: وأما إذا حُدَّ أحد ممن ذكرنا ثم تاب ففي جواز شهادته في ما حُدَّ فيه خلاف مشهور للمتقدمين والمتأخرين. وكذا القاتل عمداً إذا تاب وحسنت توبته، والمشهور عن مالك عدم جواز شهادته.

وفيه: تجريح الشاهد لصنيعة النيروز والمهرجان إذ هو من فعل النصارى لقوله عليه الصلاة والسلام «من أحب قوماً فهو منهم» وقوله «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فليس منا».

قلت: تقدم منه في الإجارة.

وفيه: عن الشعباني: تقبل شهادة القراء في كل شيء إلاّ بعضهم على بعض، فإنهم يتحاسدون كالضرائر، والحسود ظالم لا تُقبل له شهادته على من يحسده[1].

وحكى المتيطي عن المبسوط عن ابن وهب وأظن أن ابن رشد حكاه: لا تجوز شهادة القارىء على القارىء، يعني العلماء، لأنهم أشد الناس تحاسداً وتباغضاً، قاله سفيان الثوري ومالك بن دينار. قال شيخنا الإمام: والعمل على خلافه. وشهادة ذي القبول منهم مقبولة بينهم كغيرهم، ولعل قول ابن وهب في ما ثبت تحاسد بينهم.

قلت: وكذا شيخنا أبو القاسم الغبريني ـ رحمه الله ـ بل أنكر هذه المقالة

(1) في جميع الأصول: على من لم يحسده، والإصلاح مقترح.

عليهم. وزاد الغزالي ـ في ما أحفظ عنه ـ وكذا شهادة الصناع وأهل كل حرفة في ما بينهم كالقرّاء لشدة حسد بعضهم لبعض. وظاهر ما تقدم من قوله إنهم أشد تحاسداً ينبغي هذا في كل صنف. وعن سحنون: لا يكون عدلاً من أتى مجلس القاضي ثلاث مرات من غير حاجة.

قلت: يريد إلاّ أن يكون خاصته وأهله أو لصداقة أو لأخذ علم ونحو ذلك مما لايتوهم منه تعليم الخصوم ونحو ذلك من باب تلقين الخصوم وقد تقدم أنه جرحة.

وفيه: من ثبتَ عليه أن الشطرنج ألْهَاهُ على صلاة واحدة حتى خرج وقتها كصلاة النهار بغروب الشمس وصلاة الليل بطلوع الفجر والصبح بطلوع الشمس لم تُقبل شهادته حتى يتوب [67 أ] وهذا معنى ما رواه ابن نافع عن مالك.

قلت: وأما مطلق اللعب بها ففي المدونة إذا أدمن لعبها لم تجز شهادته، وفيها تفصيل وخلاف يُنظَر في الأمهات.

وسئل ابن رشد عن شاهد مشهور بالخير والفضل إلاّ أنه ظاهري المذهب ينفي القياس وصحته، هل هو جرحة في حقه أم لا؟

فأجاب: القول بإبطال القياس جملة بدعة عند جميع العلماء وجرحة من دان به لأنه خلاف دلائل القرآن وظاهر الآثار بإجماع الصحابة ومَن بعدهم من فقهاء الأمصار وانعقد عليه الإجماع ثم ذكر هنا مأخذها فانظره. وفيه إن كان الشاهد لا ينفيه جملة بل بعض وجوهه، لأن منه جلياً وخفياً فينكر بعض وجوهه مما عليه جمهور الفقهاء فليس بجرحة إذا كان من الراسخين في العلم الذين حصلوا آلة الاجتهاد، فالواجب عليه ما أداه إليه اجتهاده ومن لم يلحق هذه الدرجة وحظه التقليد فترك ما عليه الجمهور بغير علم ولا معرفة إلاّ لهواه فما هُدِيَ لرشده وما حصلت له البشرى على فعله لقوله تعالى: ﴿فَبَشِّرْ عِبَادِ * ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ﴾(1) الآية، وهي جرحة فيه لقوله تعالى لدواد عليه السلام:

(1) سورة الزمر، الآيتان: 17، 18.

﴿ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾[1].

وسئل عمن يرد المطلقة ثلاثاً ويتحيّل في جعلها واحدة وربما وجد بخطه يردها على واحدة بولاية الخال والكاتب لا يجهل هذا القدر وهل يؤدب الخال والشهود في ذلك؟ وما تقول في من سأله عدل عن زوجته فقال: لا تحلّ لي، فقال له: لِمَ ذلك؟ قال: إني طلقتها ثلاثاً؟ وشهد عليه آخر مقبول إنه قال لهذه الزوجة الأيْمان تلزمه إن كنتِ لي بزوجة أبداً، هل تلحق الشهادتان أم لا؟ وما أدَبُ من فعل هذا إن لم يعذر بجهْل؟

فأجاب: المطلقة ثلاثاً لا تحل إلاّ بعد زوج ممّا أجمع عليه فقهاء الأمصار، فالكاتب بردّ المطلقة والمفتي بذلك جاهل قليل المعرفة ضعيف الدين فعل ما لا يسوغ له بإجماع العلماء، إذ ليس من أهل الاجتهاد فيخالف به فقهاء الأمصار مالك والشافعي والحنفي وأصحابهم وفرضه تقليد علماء وقته ولا تصح مخالفتهم برأيه فالواجب نهيه فإن لم ينته أدب وكان جرحة تُسْقِط شهادته وإمامته.

وأجاب ابن الحاج: من يعتقد رد المطلقة ثلاثاً في كلمة واحدة دون زوج ليس هو بجرحة إلاّ أن يعتقد هذا ويراه حقاً أو يثبت عليه أنه فعله في خاصته وأفتى غيره به فهو مسقط لشهادته لتعلّقه بقول شاذ عن بعض المبتدعة وبعض أهل الظاهر وترك جمهور العلماء من المتقدمين والمتأخرين. فإن كان إنّما عنى بقوله إنه رأى بهذا القول لمن قاله و سمعه عنه فليس بجرحة. وأمّا مسألة «لا تحل لي امرأتي» إلى آخرها فهي مختلفة الشهادة فلا تلفق وإن كذّب الشاهدين حلف على تكذيب كل منهما ويبقى على زوجته. وأمّا من يكتب مراجعة المثلثة ويجعل الخال ولياً فالواجب التفريق بينهما ويؤدبون كلهم والشهود إن علموا[67 ب] إلاّ مَنْ عُذِر بجهل منهم فيسقط أدبه.

قلتُ: هو ما في المدونة وتقدمت مسألة المازري في من يرى تحليل المثلثة بالعقد وما فيها.

---

(1) سورة ص، الآية: 26.

وسئل عن شهادة الخاطب على من خطب.

فأجاب: بجوازها إذ ليس فيها ما يقدح في شهادته.

وفي الطرر: شهادة الخاطبين لا تجوز لأنهما خصمان، وقيل: إنّما ذلك إذا أخذ على ذلك أجراً فإن لم يأخذ أجراً فاحتسبا جازت شهادتهما لأنهما لا يجران إلى أنفسهما شيئاً. وكانت الفتيا تجري على هذا.

قلت: فهي ثلاثة أقوال.

وسئل ابن رشد أيضاً عن شهادة المشرف للوصي المشرف عليه هل تصح أم هو كالوصي؟ وفي شهادة الوصي إذا شهد بعزل نفسه هل تمضي أم لا؟ ومتى تصح عزلته.

فأجاب: شهادة المشرف جائزة إذ لا قدح فيها[1] وشهادة الوصي لا تجوز لمن هم إلى نظره ولو أشهد بعزل نفسه، إذ ليس ذلك إليه بعد التزامه النظر.

قلت: ولا يبعد في المشرف بقية أقوال الخاطب. وأما الوصي فقال في المدونة: ولا تجوز شهادة الوصي بدين للورثة[2]إلاّ أن يكون الورثة كباراً عدولاً وكانت لا تجرّ شهادته شيئاً يأخذه فشهادته جائزة. وإن شهد الوصي لورثة الميت بدين لهم على الناس لم تجز شهادته لأنه الناظر لهم إلاّ أن يكونوا كباراً عدولاً ولا يَلُون أنفسهم فتجوز شهادته لهم لأنه لا يقبض لهم شيئاً وهم يقبضون لأنفسهم إذا كانت حالتهم مرضية فلعل عزله لهذا فتمضي شهادته، والله أعلم.

ابن يونس عن الموازية: مَن أوصى لرجل بعبده ولرجلين بثلث ماله فشهدا أن الموصى له بالعبد قتل الموصي لم تجز شهادتهما إذ لهما منفعة، ولو لم يوص إلاّ بمقدار ثلثه إذا جمع مع العبد جازت شهادتهما لارتفاع الحصاص. محمد: شهادتهما جائزة لكل حال إذ لا بد من الحصاص في ماله للورثة. هذا إن كانا فقيهين يعلمان أن لا بد من الحصاص لهما أو للورثة، ولو جهلا

---

(1) ثلاث جمل سقطت من أ.

(2) كذا في أ، وفي ب: للميت، وفي ج للتيمم.

الحصاص واعتقدا سقوط محاصّة القاتل فلا تجوز شهادتهما.

ابن المواز: وكذا من أوصى له بعبد مبدأ وبوصايا لقوم فشهد الوصي أن الموصى له بالعبد قتل الموصي فشهادتهم جائزة لأن الورثة يقدمون بالتبدية.

ابن المواز: في الرسولين لرجل يزوجانه أو يشتريان له جارية فلا تجوز شهادتهما على ذلك، وإن حضر المرسل يريد وحجر المشهود عليه واجب إن كانا هما عقدا النكاح لم يجز وإن ولي العقد غيرهما جازت شهادتهما.

قلت: هذا قول رابع في الخاطبين.

وعن ابن القاسم: من بعث مع رجلين مالاً يدفعانه لرجل وقال لا أشهد على الدفع غيركما ففعلا فشهادتهما ساقطة لدفع المعرة عنهما، ولا يضمنان لأنهما مأموران بذلك.

وسئل السيوري عمن توفي وأسند الوصية لرجل فنظر في أسبابه فوجد فيها وصية أبي الميت وأمه بإطعام مساكين وإعتاق رقاب وأن يحضره في ضيعته الفلانية ما جنى ويجعل عليه كذا قادوساً ليشرب الناس، وأسند الوصية إلى ولدهما الميت فلم يخرج منها إلاّ يسيراً ومات بعد سنين فهل يقدح ذلك في شهادة الشهود [68 أ] إن قالوا: نسينا أو ما علمنا أنه يلزمنا أم لا؟

فأجاب: شهادتهم جائزة ويجب امتثال ذلك في الضيعة الموصى بها أن يجعل ذلك فيها لا في غيرها، وإن كان ذلك يضرّ بالمشتري ضرراً كثيراً فله رد الضيعة.

وسئل أيضاً عن بكر بالغ زوّجها أخوها بصداق معلوم نكاحاً صحيحاً وشهد عليه بإذنها لأخيها شاهدان أحدهما عدل والآخر ليس بعدل ونقلت الشهادة بمحضر خلق كثير من العدول وغيرهم حين عقد النكاح بمحضر الزوج والأخ الوكيل وجماعات من الناس الذين حضروا حينئذ وكان لهذه البكر وصي وكّل أخاها على عقد النكاح واستأذنها الأخ بمحضر الشاهدين المذكورين والوصي حينئذ حاضر مع الشاهدين المذكورين وهو عدل مأمون وشهد على

رضاها بذلك النكاح لحضوره لاستئذانها، فهل شهادته مع العدول عاملة أم لا؟ ويجزي عن الثالث غير العدل وهو نكاح مشهور ظاهر حضر فيه جماعة من العدول.

فأجاب: أما شهادة الوصي فلا تجوز على النكاح لأنه الذي يُنْكِح.

قلت: إن كان مخيّراً فواضح ووكيله بمنزلته.

وفي المدونة: من وُجد مع امرأة في بيت فشهد أبوها وأخوها أنه تزوجها لم يجز نكاحه ويعاقبان، وإن لم يكن مجبراً فعلى القول بتقديمه على الولي أو هو والولي سواء، فكذلك وعلى قول ابن الماجشون: إنه كالأجنبي فيها فالظاهر جواز شهادته وتوكيله للأخ لغوٌ لأنه مقدم عليه. وكذا إن لم يكن ممن يجبر على النكاح واشتهر النكاح كما ذكر ولم يظهر منها إنكار فهي جارية على مسألة العتبية من لزوم النكاح لها. واختلف إذا أنكرت وقالت: ظنَنْتُه لغيري، فانظرها في النكاح الأول من ابن يونس وغيره.

وسئل ابن محرز عمن أوصى بقمح وشعير ودراهم للفقراء وأسند الوصية إلى أخويه وتوفي فبادر الوصيان وباعا من التركة [68 ب] عاجلاً قدر الوصية ومطلوا به الفقراء سنين من غير عذر وربما مرّت بهم مسغبة ولم يفرقوها، فهل يقدح في شهادتهما؟

فأجاب: إذا لم يكن للإيقاف عذر فهي جرحة لأنهم ظلمة بفعلهم. فروجع فقيل له: هل للمحتسب أن يحتسب في ذلك إن قال الوصيان ضاعت أو فرقناها بعد أن حصلت عندهما هل تصل منهما؟

فأجاب: يمكن المحتسب من القيام ولا يُقبل قول الوصيين على الدفع إلاّ ببيّنة عليه أو براءة قاض.

قلت: هذا إن تبين تفريطهما كما ذكر وإلاّ قُبِل قولهما بيمين كما إذا دفع له مالاً ليفرقه في الفقراء بغير أعيانهم يقبل قوله في التفرقة بعد يمينه.

ابن الحاج: شهادة الأجير جائزة إن كان عدلاً ولم يكن في شهادته تهمة.

قلت: هي في أول شهادات المدونة وقيدها بما إذا لم يكن في عيال المشهود له، وهي إحدى مسائل طلب التبريز ومنها الصديق الملاطف والأخ المولى لمن أعتقه ومن يزيد في شهادته وينقص منها أو سئل عنها فقال: لا أعلمها ثم ذكرها وشهادة الشريك المفاوض في غير مال المفاوضة. وقد نظمها شيخنا الإمام فقال:

أخ وأجير مع صديق ملاطف ... ومولى وذو التفويض أو ذو الزيادة
وذو نقضها بعد الأدا فيهما معا ... وذو علة في حال نقل شهادة
مع كتبها طوعا شهادة كلهم ... بتبريزهم مقبولة في العدالة
فذا مذهب ابن القاسم الحِبْر قاله ... بيان ابن رشد قاله في مقالة

وسئل اللخمي عمن شهد لزوج ابنته فقال: لا تجوز شهادته.

قلت: حكى اللخمي في شهادة الأصهار خلافاً واختار المنع وكذا ابن يونس انظرهما في ذلك.

وسئل أبو محمد عن قول ابن القاسم [69 أ] إنّ على سامع القاذف الذي يأتي إلى المقذوف فيعلمه، أليس هذا من باب النميمة أو نحوها؟
فقال: لا، لأنه شاهد وقال عليه الصلاة والسلام «خير الشهود الذي يأتي بالشهادة قبل أن يُسْألَها».

قلت: هل يكون مأجوراً في التبليغ ما ترى في الترك؟

فقال: إن أراد بالتبليغ وجه الله فهو مأجور وأراه في التخلف عنها كاتمٌ للشهادة.

قلت: انظر ابن رشد في ما يجب عليه من إخباره من دفع شهادته.

وسئل: لِمَ لمْ تجز شهادة السائل إلاّ في اليسير وأجازوا شهادة الفقير مطلقاً؟

فأجاب: ليس المتعفّف عن المسألة الصائن لعرضه ونفسه كالمبتذل لها وقد أنهكته المسألة وعنده قوت يومه وهذا من قلة الإيمان. فقيل له: فهو بهذا

ناقص، فقال: ليس بناقص فقط بل ناقص ناقص.

قلت: اختلف في شهادة السؤال على أقوال والمشهور منها ما قال: وأما من يقبل جوائز الخلفاء فيأتي ذِكره ـ إن شاء الله تعالى ـ في مسائل الغصب.

وتقدم في قبول شهادة من يأخذ الزكاة خلاف منهم من جعله مانعاً وهو حكم الشيخ أبي إسحاق بن عبد الرفيع، ومنهم من لم يرَ ذلك لأن حكم الزكاة حق لآخذها. وحكي أن سيدي الشيخ أبا الحسن المنتصر ـ وكان من العدول ـ يرى أخذ الزكاة من أخذ الأجرة على الشهادة، وكان يجزي منها قوته وقوت عياله. وأظن أني قيدت عن شيخنا الإمام: إن كان يطلبها ويتصدّى لها فهي كسائر الصدقات وإن كانت تأتيه من غير أن يسألها فليس فيها نقص، وهو أحد الأقوال في السؤال.

وسئل السيوري عمّن قام له شاهد على غائب أنه وهبه أو تصدق عليه بكذا، فهل يحلف معه وهو لم يحضر العطيّة ولا شهادة الشاهد أم لا؟ وهل يكون من باب إضاعة المال إذا لم يحلف؟ لا سيما إن كان محتاجاً إليه.

فأجاب: لا يحلف الشاهد وحاله ما وصفتَ ولا يكون فيه إضاعة المال إلاّ أن تحفّ به قرائن تحصّل له العلم بقول الشاهد فيحلف ويستحق، ولو ترك اليمين والحالة هذه فليس من باب إضاعة المال.

قلت: هذا الذي ذكره مثله في كتاب محمد من مسألة الصبي فإن قيل لِمَ يحلف الصبي على ما لا يعلم قال لا يحلف حتى يعلم بالخبر الذي يتيقّن به فله أن يحلف بذلك. قال مالك: ويحلف على البت أن هذا الحق لحق. وفي كتاب ابن سحنون متصل بقول مالك: كيف يحلف الوارث على ما لم يحضر ولم يعلم وهو لا يدري هل شهد له بحق أم لا؟ قال يحلف معه على خبره وتصديقه. وكما جاز له أن يأخذ ما شهد به الشاهد إن مِن مالٍ أو غيره ولم يعلم ذلك، ولم يختلف في ذلك، وقد شهد أن له بموت أبيه وبتركته فيأخذ ذلك ولم يعلم ذلك إلاّ بقولهما. قال مالك: ويحلف مع الشاهد في دين لأبيه الميت على البت. وفي الشاهد يحلف على العلم أنه ما يعلم أنّ أباه قبض ذلك. وعن ابن

لبابة[1]: يحلف على شهادة الشاهد على البت ولا يعلمون أنه قبض منه شيئاً ولا قبضه له قابض فأول اليمين على البت وآخرها على العلم.

قلت: فعلى ما في كتاب ابن سحنون يحلف على علم الشاهد وتصديقه خاصة في مسألة الهبة المسؤول عنها، وقد مرَّ من هذا المعنى.

وسئل عبد المنعم الكندي عمن شهد على المرأة ولا يعرفها وإنّما يعرف أن لفلان ابنة على السماع فكيف يشهد عليها؟

فأجاب: الشهادة على قدر ما يستقر في النفس من طرق العلم حتى يصير كالمشاهدة، فإن حصل ذلك فأرى أن يشهد وانتفع بشهادته وإلاّ لم تجز شهادته.

قلت: قد تقدم شيء من هذا. وفي شهادة الإشبيلي وابن لبابة علم من لا يعرف فتذكّرْهُ.

وسئل ابن زيادة الله وابن البراء عن القاضي إذا مات أو عزل هل يسقط استغلاله الذي استغله أم لا؟

فأجاب: إنه لا يسلم به بعد موته وعزله. والذي يقتضيه النظر أنه لا يقبل بعد عزله، وأما بعد موته إذا كان تاريخ العقد يرى أنه حين ولايته واتصلت ولايته إلى موته فإنه يقبل.

قلت: كذا قيدت هذه المسألة وعليها علامة النظر إلاّ أن يريد بهذا النظر خطابه على الوثيقة خاصة. قد تقدم من كلام المازري في ذلك: إذا شهد على نفسه بالثبوت هل هو حكم أم لا؟ فخطابه مع موته كذلك. وأما إذا عزل فيتّهم أن يكون علم بعد عزله فلا يُقبل والله أعلم.

وسئل الصائغ عمن لزوجته عليه ديْن إلى سنة اثنتين وسبعين فقال الشاهد: لا أكتب إلاّ إلى أول سنة اثنتين وسبعين، فقال النفر: الكل واحد، ولكنّي حلفت أني لا أكتب إلاّ إلى اثنتين وسبعين إلاّ أن يلزمني ما قلت. فقال

---

(1) في ب و ج: ابن كنانة.

بعض الطلبة: يظهر لي أنه لا يلزمه ذلك لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيۡلِۚ﴾[1] ثم استحضر آية التيمم وآية الوضوء وما بعدها داخل في ما قبلها، وذكر الشاهد المنكر أنه إذا لم يذكر أول فلا يلزمه إلاّ إلى نصف السنة المؤرخ بها فإذا قضى امرأته الدين أو سائر الديون هل يجب محو الوثيقة أم لا؟

فأجاب: الذي كتب يكفي ولا يحنث، والذي يفهمه الناس في ما بينهم أن من كتب إلى سنة اثنتين وسبعين أن الديْن يحلّ بأولها، وما ذكر من آية الصوم فالإجماع عليه، وأما آية الوضوء والتيمم فاختلف أصحابنا في ذلك، وإذا سقطت الوثيقة كتب بين الأسطر سقوطها.

وسئل مرة أخرى عن سقوط الوثيقة بدفعها بطل نحوها وطلب الآخر الشهادة ببراءته وإبقاء الوثيقة والصداق بيد صاحبه إذا دفعه الزوج بعد الرفع، وكيف لو كان بينهما أولاد هل يكتبون صحيفة بالزوجة خاصة أم لا؟

فأجاب: ينظر في هذا إلى تغليب أحد الضررين، وإذا كتب في موضع من الصداق سقوطه وبين الأسطر في الموضع الذي يبقى ولا يحيل عليه. وكذا في وثيقة الديْن يكتب سقوطها في الموضع الذي ينتفع بها بين الأسطر أو غير ذلك على قدر الاجتهاد، ويكتب للذي عليه الحق في وثيقة في يده يكون سقوط الذي دفع على وثيقة الدفع فإذا فعل هذا كان من النظر ولا ضرر عليهما إذا قيل مثل هذا.

قلت: حكى ابن رشد خلافاً هل تدفع وثيقة الدين والصداق إذا دفع أولا؟ وأخذ عدم دفعها من آخر كتاب المديان من المدونة فانظره في شرحه.

الشعبي عن ابن العطار: لا تدفع المرأة صداقها إذا قبضت في طلاق أو موت إلاّ أن تتطوع بذلك لما فيه من الحق إمّا لشروط فيه ويبقى من طلاق الملك شيء أو لحوق نسب في موته وحياته، بخلاف الديْن إذا قبضه فللمديان قبض العقد. [70 أ] وتقطيعه.

(1) سورة البقرة، الآية: 187.

وسئل ابن رشد عمن يحرث الأرض بالربع ونحوه ولم يجعل لرب الأرض نصيباً من الزريعة هل هو جرحة أم لا؟ وكيف لو علما بفساد ذلك أو جهلاه؟

فأجاب: قيل بعدم جواز شهادتهما لما روي أن عبد الرحمن بن عوف زارع ابن أبي وقاص بأرض له على النصف فقال له عليه أفضل الصلاة والسلام «أتحب أن تأكل الربا؟» ونهاه. والذي أقول به: إن فعله جاهلاً أو متأولاً لما فيه من الخلاف فليس بجرحة وإن علمه من اعتقد عدم جوازه وسمع النهي فيه وقصد ارتكاب المحظور فهي جرحة لأنه دليل على أنه لا يبالي بارتكاب المحظور.

قلت: ولهذا كره سحنون شراء طعام مَنْ يرى كراء الأرض بما يخرج منها لما في ذلك من الاختلاف في المذهب وغيره انظره في تبصره اللخمي.

ابن رشد: وسئلتُ عن تحصيل مسألة من شهد له ولغيره بوصية فأجبتُ أنها على قسمين وكل منهما على وجهين: أحدهما أن يكون الموصي أشهد على وصية بكتْب، والآخر لفظاً بغير كتْب فالوجه الأول لا يخلو إما أن يوصى له فيها بكثير أو يسير، فالثاني فيه أربعة أقوال: **الأول**: عدم جوازها له ولغيره لتهمته، من رواية ابن وهب في المدونة.

والثاني: جازها له ولغيره، فإن كان وحده حلف الموصى لهم مع شهادته واستحق لأنه في حيز التبع لجملة الوصية، وإن كان معه غيره من له فيها بيسير أيضاً يثبت الحق للموصى لهم بغير يمين. وإن لم يكن للشاهد الثاني في الوصية شيء ثبتت الوصية وأخذ ماله هو فيها بيمين. وهو لابن القاسم في المدونة ورواية مطرف في الواضحة.

والثالث: جوازها لغيرهم فقط إن كان وحده حلف الموصى لهم واستحقوا وصاياهم ولا شيء له، وإن كان معه غيره ممن وصى له أيضاً أخذ حقه بغير يمين وأخذ كل واحد منهما وصيته بعد يمينه لشهادة كل منهما لصاحبه، وإن لم يوصي الشاهد الثاني أخذ كل منهم بغير يمين وأخذ الشاهد الموصى له وصيته بيمين مع شهادة صاحبه. وهو في الواضحة لابن الماجشون.

الرابع: يجوز له ولغيره إن كان معه غيره، وإن كان وحده صحت لغيره خاصة مع يمينه، والأول بغير يمين فيهما معاً، ليحيى بن سعيد في المدونة. ولو وصي له بكثير فلا تجوز مطلقاً في المشهور من الأقوال وتجوز لغيره لا له على قياس قول أصبغ في نوازله من العتبية في العبدين يشهدان بعد عتقهما أن الذي اعتقهما غصبهما مع مائة دينار، تجوز شهادتهما في المائة خاصة لاتهامهما فيؤخذ منها أن من رد بعض شهادته للتهمة يجوز فيها ما لم يتهم فيه، خلاف المشهور.

والقسم الثاني: إن شهدا على وصيته لفظاً خاصة فيقول لفلان كذا ولفلان كذا فيهم الشاهد فإما أن يوصي له بيسير أو كثير، فالأول لا تجوز باتفاق وتجوز لغيره ويحلف معه إن شهد وحده وإن شهد مع غيره من له يسير حلف كل واحد منهما على شهادة صاحبه واستحق الوصية ويأخذ غيرهما وصيته بغير يمين، وقد يقال: لا تجوز شهادته مطلقاً بتأويل ضعيف، وإن شهد لنفسه بكثير فلا تجوز لنفسه باتفاق وتجوز لغيره على قول الأخويْن في الواضحة، ولا تجوز على سماع أشهب من الشهادات ولو [70 ب] كان معه غيره ممن له كثير أيضاً حلف كل منهما على شهادة الآخر واستحق[1] إن لم تكن شهادتهما في مجلس واحد فيبطل على مذهب من يُبطل الشهادة إذا شهد بعض الشهود لبعض في مجلس واحد على رجل واحد[2] وأخذ من سواهما وصيته بغير يمين. والمشهور إذا رد بعض الشهادة للتهمة بطلت كلها وقيل تمضي في ما لا تهمة فيه على حسب ما تقدم. والمشهور إن رد بعضها للسنة أن يمضي منها ما لا يرد[3] . . . . وقيل ترد كلها مأخوذ منها في شهادة النساء للوصي فقال: لا تجوز إن كان في الوصية عتق وإبضاع نساء. وكذا المشهور إذا رد بعضها لانفراد الشاهد وأن تمضي في ما تجوز فيه شهادة الواحد مثْل الوصية بعتق ووصايا لقوم فيحلفون ويتستحقون من الثلث بعد إخراج قيمة الرقبة منه. وحكى المزني عن أشهب ردَّها كلها.

---

(1) أربع جمل سقطت من ج.

(2) جملة سقطت من أ.

(3) بياض بمقدار كلمة بالأصول.

وكذا إن سقط من حفظه بعض الشهادة وغاب عنه الإتيان بها على وجهها فسقطت كلها إجماعاً.

وسئل عما يُسند إلى القاضي من البيع على مقيم أو غائب إذا شهدت بيّنة بأن بيعه سداد وأخرى أنه ليس بسداد وإن لم يبع ضاع اليتيم وتعطّل الدين، أيهما أعمل؟

فأجاب: إذا بلغ ما يلزم من التسويق والاجتهاد ولم يكن زائد بيع فهو سداد ولا يلتفت إلى بيّنة عدم السداد.

قلت: قال اللخمي لا يُباع مال المفلس بالحضرة ويستأني به أشهراً. وعن مالك يُسْتَأنى في الدور والأرضين الشهر والشهرين، في الحيوان والعروض يسيراً، والحيوان دون العروض. وأرى إن كان العطاء الأول مستوفىً لا تُرْجَى عليه زيادة ويرى أن البدار بالعقد أولى خوفَ أن[1]. . . . وكذا إن أخذه بعض الغرماء بما لا ترجى بعده زيادة. والعادة أن بيع القاضي على خيار، وإن لم يشترط إلاّ أن يجهل المشتري العادة فله القيام بالتخيير ردّاً أو إمضاءً.

وفي سماع ابن القاسم ويستأني بالعروض مثل الشهر والشهرين مثل الدُّور وشبهها ويُستأنى بالحيوان الشيء اليسير كالعروض. ابن رشد: لفظ مشكل لجعْله العروض كالدور بخلاف الحيوان إلاّ أن تفسَّرَ العروض بالدور، ففي الاستئناء بالعروض الشهرين أو الأيام اليسيرة كالحيوان فيها اختلاف وفي الحيوان كلفة النفقة، واختار في العروض كثيرة النهي أنَّهَا كالدور وما دون ذلك الأيام اليسيرة، ويسير الثمن كالحبل والدلو والسوْط يباع من ساعته ويباع ماله من دنيا إلاّ أن يتّفق الغرماء على تركها وعوض هذا بيع الزرع قبل بدوّ صلاحه.

وأجاب ابن محرز بأنه فساد والدين لا فساد فيه إنّما فيه النقص من قدره وهو كما لو كانت عروضه كاسدة ولها السواق ترجى فإنها لا تؤخر إليها.

قلت: نزلت مسألة بالقيروان وهي من هذا وهي أن رجلاً فلس وله جلود

---

(1) بقية الجملة غير واضحة في الأصول.

في الدبغ فأفتيت بأنه إذا كان يُحاط بمعرفتها حينئذ وبيعها قريب بحيث لا تختل صفتها فتباع ولا ينتظر بها خروجها من الدبغ، وإن لم يحط بمعرفتها أو يكون تأخيرها إلى مدة لا يدرى كيف تخرج معها، فإنها تبقى حتى يستوفى دبغها وأخذ من كلام ابن[71 أ] محرز.

وسئل ابن رشد عمن بنى حائطاً في بطن واد فشهدت بيّنة أنه بنى في حقه وشهدت أخرى أنه بنى خارجاً عنه، وكيف إن ضاق بطن الوادي والطريق أمامه جنة لغيره فيقول بناؤك يضيّق الطريق ويُسيل الوادي إذا حمل عليّ، وكيف لو اختلفت الشهادات في هذا المعنى أو مع إثبات كونه من حقه لدفع مضرّة عنه؟

فأجاب: إذا كان الحائط الذي بناه مُضراً بالطريق أو بجاره في ما يصرف إليه الوادي عند حملته هدم، إلاّ أن تكون بيّنته أنه بناه في حقه أعدل من الأخرى فيقرّ ولا يهدم وإن لم يضر بجاره ولا بالطريق حكم بأعدل البيّنتيْن، فإن اسْتوتا فلا يهدم. وهذا على القول بأن من زاد في الطريق في داره ولا يضر به المارة أنه يهدم والمترجح عندي من القولين عدم الهدم إذا لم يضّر بها لما له من الحق في البناء، ومن العلماء من أباحه ابتداءً، وهو الذي أقول به في هذه النازلة.

قلت: هذه المسألة جارية على أن من أثبت شيئاً ونفاه غيره وتقدم فيها ثلاثة أقوال ولها نظائر.

وسئل أيضاً عن رسمين تضمن أحدهما أنّ فلانة أشهدتْ لابنتها فلانة قبلها وفي مالها وذمتها أربعمائة مثقال ذهب عبادية من سلَف أسلفتْها إياها مؤخرة عنها إلى انقضاء عشرين سنة، لا براءة لها من العدد المذكور إلاّ بدفعها وإقامة البيّنة على دفعها وشهد به في عقد غير هذا في رجب من سنة ثمان وخمسمائة إبراهيم بن خلف بن محمد اللخمي. وكان أوقع اسمه حين أشهدته في عقد غير هذا فمتى قيم به وفيه اسمه فإنها هي الأربعمائة مثقال، وفي الرسم الثاني أشهدت فلانة لابنتها فلانة وحلاّهما بما تقدّم وأنّ قِبَلها وفي مالها وذمتّها ثلاثمائة مثقال عبادية مؤخرة عنها إلى انقضاء عشرين سنة من تاريخ هذا

الكتاب، لا براءة لفلانة من العدّة المذكورة إلاّ بدفعها لمن يجب قبضها وأقامت البينة على ذلك، شهد بذلك كله في رجب الفرد من سنة اثنتين وخمسمائة خلف بن محمد. فتوفيت المقرّ لها فقام ورثتها على المقرة فأنكرت فهل تُلَفّق الشهادتان أو كل منهما ذكر حقاً على حِدة؟ وهل إذا ادعى القائم بالعقدين أنهما حق أو حقان يؤثر في استحقاقهما أو واحد منهما؟ وهل تقييد أحد العقديْن بالسلف وإطلاق الآخر يرد المطلق إلى المقيّد أم لا ويُقضى لكل منهما بحكمه؟ وهل لذكر الأجلين في العقد تأثير أم لا؟ وهل يتمّ الحكم بابتدائها المطلوبة بالإقرار حتى تطلب وتسترعي؟ إذ القائم يزعم أن العقدين حالان. فتأمل هذا وما عسى أن أغفلته فنبّه عليه مشروحاً مبيّناً لزوال التعسّف لمن يتعلق ببعض الوجهين.

فأجاب: هذه شهادة مجملة إذ ليس فيها بيان التأريخ وقت الإشهاد أو وقت وضع الشهادة فيهما في مجلس أو مجلسين في تأريخ واحد أو تأريخين، ولأهل أحد الدينّين الذي شهد به أحد الشاهدين أم لا إذا لم يتضمن أن الأجل في التأريخ الواجب سؤال الشاهدين عن شهادتهما واستفسارهما عنها، فإن قالا أشهدتنا في مجلس واحد فقال أحدهما بأربعمائة وقال الآخر بثلاثمائة وهي منكرة فمشهور مذهب ابن القاسم وبه الفتوى وعليه العمل أنّ شهادتهما تصح في الثلايمائة التي اتّفقا عليها إلى الأجل الذي اتفقا عليه بغير يمين على الطالب [71 ب] وتحلف المقرّة في المائة الرابعة، إلاّ على القول باليمين مع الشاهد فيخيّر الطالب في اليمين مع الشاهد في الأربعمائة ويستحقها، أو الثلاثمائة دون يمين ويرد على المرأة في المائة الرابعة، وإن ادعى الطالب الدينين جميعاً وقال هما حقان فلا شيء له لتكذيبه إياها وتحلف المقرة ويسقط الجميع، وقيل هو تكاذب فعلى هذا يحلف الطالب إذا ادعى أحد المالين عليه على القول بالقضاء باليمين مع الشاهد وتحلف المرأة بما يسقط عنها شهادة الآخر، وإن ادعى المالين جميعاً تخرّج على القولين أحدهما أن لا شيء له وتحلف المرأة والثاني يحلف مع كل منهما ويستحقهما جميعاً على القضاء باليمين على الشاهد، وإن قال الشاهد إن لم نشهد معاً واتفقت شهادتهما في تاريخ واحد عن كونهما في

مجلس واحد والمرأة منكرة فالقول قول الطالب في أنهما حقان أو حق واحد. فعلى الأول يحلف كل منهما ويستحق الحقين، وإذا ادعى أحدهما حلف معه واستحقه فقط على قول مَن يخيّر الشاهد واليمين فيهما معاً.

واختلف هل تلفق الشهادتان في الثلاثمائة إن ادعى ذلك. وأما الحلف أو ما جرى به العمل من عدم القضاء باليمين مع الشاهد فقيل لا يلفق وقيل يلفق فيأخذها بغير يمين وتحلف المرأة في الرابعة إن ادعى الطالب الأربعمائة أو المالين فتبرأ من الزائد، ولو ورّخَ الشاهدان عند التفسير واختلف التاريخان فهما حقان لا يختلف في عدم تلفيقهما ويحلف مع كل واحد منهما ويأخذ الحقين أو يحلف مع أحدهما ويأخذه ويرد اليمين على المرأة في الشاهد الآخر، وهذا على القول بالقضاء باليمين مع الشاهد وعلى ما جرى به العمل من عدمه فلا يمكن من اليمين وتحلف المرأة ويسقط الحقان ولا يصدق في حلول واحد من الدينين ولا يمكن من اليمين فيه لأن المطلوبة تنكره فإذا قضي بالشهادة فلا يؤخذ بعضها ويُترك بعضها وإنّما تقبل دعواه الحلول لو كانت المقرة مدّعية للأجل.

قلت: أصل هذه المسألة في المدونة إذا شهد شاهد بخمسين وشهد آخر بمائة ينظر إيعابها من ابن يونس في ما نقله عن القرويين وما اتصل به. وهو الذي أخذ منه ابن رشد هذا التقسيم وقد تقدم للشعبي نوع من هذه المسألة وهو من يدعي مائة على رجل وتقوم له بيّنة بمائة وعشرين ويرجع عن دعواه الأولى بعد ثبوتها لوهم أو غلط وإنها كتبت عنه ولم يقلها فعن اللؤلئي هو مكذّب لبينته، ولا يبعد أن يجري على بعض فصول هذه المسألة أن يقبل قوله فتأمله. وقد تجري على مسألة من يقرّ له بشيء وهو ينكره ثم يرجع إليه وفيها خلاف مشهور من مسائل في المدونة وغيرها. إلاّ على مسألة شهادة الرهن إذا كان أكثر من دعوى المدعى عليه وأقل من دعوى المدعي، وهل الشهادة فيه على نفسه أو غيره؟ فهل يحلف على مقدار الرهن أو الجميع ويأخذ ما قابل الرهن؟

وسئل ابن رشد عن الضامن إذا توجه طلبه بالمال أو بالوجه، هل يجب على القاضي توجيهه إلاّ أن يسقطه الطالب أو لا يجب إلاّ بطلب صاحب الحق؟

ويفرق بين ذلك أو يعرفه كما حدّه بعضهم في مثله، وكذا الآجال وتطويل ما يجب تطويله هل يبتدي بذلك الحاكم أو إذا طلبه صاحب الحق عل ما حده من العلماء في ذلك وهو ظاهر أقوال العلماء وما شاهدته من سير الحكام أو يقف على رعيه الطالب في تطويل أمد منفعته في ذلك(1).

[72 أ] **فأجاب**: يجب على القاضي أن يعلم خصمه بوجوب الضمان إذا أمكن جهده بذلك وهو ممن يظن الحكم عليه دون ضمان ويقضي له بذلك مثل من يحل عليه الدين فيسأل المطلوب التأجيل بحضوره فيرى القاضي ذلك ويحكم على الطالب مثل من يستحق في دين فيدعي العدم ويسأل الإطلاق من السجن والطالب يكذب بيّنة العدم فيحكم القاضي بإطلاقه والإعذار للطالب في البيّنة وشبه ذلك. وما لم يحكم له بما يوجب الضمان فلا يحكم بالضمان حتى يسأل الطالب، وليس عليه عمله بذلك مثل من يدعي على رجل حقاً فينكره فيسأل الطالب حميلاً حتى يقيم البينة وشبه ذلك، وما حده العلماء في ضرب الآجال للتوسع عليه فيضرب له ما حدّه العلماء إذا سأل الأجل لطلب منافعه.

قلت: قوله كما حده بعضهم في مثله هو ما وقع في المدونة في باب الإعذار: يقول له دونك، فخرج إن كان ممن يجهل ذلك وإن كان لا يجهل فلا يقال له ذلك. وفي سماع أشهب في العتبية: لا يقول ذلك مطلقاً لأنه توهين للشاهد أو للشهادة. وعن ابن نافع: يقول ذلك وقد يكون العدل عدواً للمشهود عليه.

وسئل أيضاً عن رسم مضمنه أن أبا بكر ادّعى على أخيه عمر أنه يزعم أنه وصيّهُ فأنكر ذلك عمر فقال أبو بكر: إن وكيلك قبض المائة دينار التي تصدق بها على عمر وصلت إليك من وكيلك، فأنكر ذلك أيضاً وثبت الإنكار ببينة ثم اعترف عمر بالوصية والوكالة وثبت قبض الوكيل للمال فادفعه إليّ فقال عمر عرف قبل الوصول أو عرف بعد مدة ولا يدري هل وصل أم لا، فهل يجب شيء من هذا على عمر من إقراره بعد إنكاره؟ وهل يلزم أبا بكر شيء من قوله لا أدري عرف قبل الوصول أو بعده؟

---

(1) جملتان سقطتا من ب و ج.

فأجاب: بأنه لا يصدق المطلوب في دعواه الإيصاء لا سيما بعد إنكاره ويلزمه بإقراره بالوكالة ضمان المال بتوكيله على قبضه إن قبضه ثم تلف إن لم يثبت الإيصاء بعد يمين الطالب إنه لا وصية له عليه وقد تعدى في توكيله لقبض المال، ويصدق الوكيل في التلف بعد بيانه لوجه تلفه من غير تضييع ولا تفريط مع يمينه في ذلك. وإن ثبت قبض الوكيل ببينة على معاينة الدفع برىء الدافع، وإن لم يثبت الدفع إلاّ بإقرار الوكيل به ويرجع عليه الطالب بذلك، وإن رجع على المطلوب على ما تقدم بعد يمينه كما تقدم رجع المطلوب على الدافع إذا لم تعاين البينة الدفع إلاّ أن يصدق المطلوب.

وسئل عمن خاصم رجلاً بين يديْ حاكم فتغالوا حتى سب المطلوب الطالب فطلب حقه في عقوبة السب وطلب الحاضرين بالشهادة على ذلك فرغّبوه في الصفح فقال: اشهدوا لي ولكم عندي كل ما تريدون، فشهدوا بذلك وطلبوه بما قال فأنكر وقال: أنا قصدتُ بقولي لكم ما تريدون من الصلح من المال، فهل يلزمه العفو بهذا أم لا؟

فأجاب: يلزمه العفو إن سألوه بعد أن شهدوا به لأنه المطلوب منه، فهو الذي أوجب على نفسه بذلك القول ولا يصدق في دعواه غير ذلك لأنه غير الظاهر.

وسئل عن أسير جُمِعت له فدية من وصيته وسلف فجاء وادّعى أنه فُدِيَ ببعض ذلك وشهد له أسرى كانوا معه بدار الحرب، فهل تقبل شهادتهم على التوسّم في ذلك أم لا؟ وإن قُبلتْ فهل تمضي على هذه[72 ب] الوصية والسلف أم لا؟

فأجاب: شهادة الأسارى على التوسم جائزة للضرورة الظاهرة فيه. وقد أجازها ابن حبيب في السفر ـ على علمك ـ مراعاة لمن يرى حمْله على العدالة مطلقاً حتى تظهر الجرحة، لقول عمر: المسلمون عدول بعضهم على بعض إلاّ مجلود أو مسخوط[1]عليه شهادة زور. وما بقى من المال المجتمع للفدية مفضوض على السلف والوصية.

---

(1) كلمة سقطت من أ و ب.

وسئل عن عقد مضمّنه أن أحمد بن صبيح دفع دراهم لعبد العزيز يشتري له بها غزلاً من حرير ففعل ذلك وبعث منه لأخيه عبد الرحمن بن صبيح المذكور وقدراً من الوزن، وهذا منذ عشرة أعوام ونصف، فلحق عبد الرحمن ضرر في الطريق فضاع الغزل فترافعا إلى الحق فأوجب العلماء الغرم على عبد الرحمن بعد تحليفه على صفة الغزل فحلف على صفته وبأنه مقطوع، وحلف ابن صبيح أنه ما قبض ذلك الغزل المتلوف، وقومها أهل المعرفة على تلك الصفة وأخذ أحمد بتلك القيمة وتباريا بسبب هذه الدعوى ولم يبق لأحدٍ منهما حجة، ثم قام ابن صبيح الآن وادّعى أن غزله كان طيّباً وطلب عبد الرحمن بما توجبه البيّنة.

فأجاب بأنه يعذر إلى ابن صبيح في ما شُهد به عليه فإن لم يكن عنده مدفع فلا قيام له ولا أدري لِمَ ضمن عبد الرحمن ولم أذكر عدم تضمينه إذ لم يقع السؤال عليه مخافة أن يلقن هذا، ولعله ظهر للمفتي وجه تضمينه في ما أقر به عنده وسقط من العقد لقلة التحصيل.

ثم سئل بعد ذلك: إن المبعوث معه الغزل ضاع له في الفحص، فأرسل من يسأل عنه ومضى هو لبعض حاجته فأتى الرسول وقال: ما وجدتُ شيئاً، فهل يضمن هذا أم لا؟ وكذا ادعاؤه صفة لا تليق بذلك الموضع في ذلك الغزل، هل يقبل قوله أم لا؟

فأجاب: إذا ثبت ما ذكر فإنه ضامن للغزل والقول قوله في صفته. وقد سألت عنها فأجبت بأنه يضمن قيمة الغزل مقطوعاً بعد يمينه.

ابن الحاج: شهادة الأجير جائزة على الشريك إذا كان عدلاً ولم يكن في شهادتهم نظر. والواجب للشريك على شريكه الخائن له نصف قيمة البقر سالمة قوية على الحرْث يوم بدأ بتضييعها وقطع العلف عنها وسكوت الشهود عن إعلامه بخيانته في علف البقر مما يقدح في شهادتهم ويوهنها إلاّ أن يقولوا: جهلنا أن الإعلام بهذا يلزمنا، فيعمل بشهادتهم، وإن سقطت شهادتهم لعدم العدالة فلا بد من حلف الشريك إنه ما خان في علف ولا شيء مما ادّعى عليه داخلة في شيء من ذلك.

قلت: ولا يرد على هذا شهادتهم القسام لأنهم شهدوا على فعل أنفسهم، وهنا شهادة الأجير في غذاء وغرامة خارجة عن أجرته. وكذا أحفظ للخمي في شهادة السماسرة في ما بين البائع والمشتري إن لم يكن في شهادتهم ما يتّهمون فيها من زيادة الجعالة أو فسخ بيع. ونحوه لابن الحاج فقال: شهادة الدلالين على ما يقع في عقد ما باعوه وأخذوا عليه أجرة عاملة إذا كانت فيهم العدالة موجودة.

وعن ابن شعبان شهادة القسّام جائزة في ما قسموه إذا لم يعزلوا فلا تجوز حينئذ. وظاهره ولو كان عند غير القاضي الذي قدمهم.

وفي الطرر عن ابن القاسم: لا تجوز إلاّ عند الذي قدمهم خاصة. وفي أقضية المدونة: لا تجوز وظاهره ولو لم يأخذوا أجراً لأنها شهادة على فعل أنفسهم، وقيل: عدم جوازها إن أخذوا أجراً على ذلك.

وفيه: من طلق زوجته ويُضَمَّن العقد أنه طلقها في صحته وتوفي فأقامت المرأة بيّنة أنه طلقها في مرضه [73 أ] وتضمّن العقد الأول بجماعة كثيرة من أهل الموضع وغيرهم أنه كان يتصرف راكباً وماشياً ويحكم بين الناس. فأفتى ابن الحاج بإعمال عقد الصحة إذا لم يكن عند المرأة مدفع إذا لم يشهد الشهود على عين المطلوب ولم تتحقق البينة أنه المشهود عليه فلا يعمل بالشهادة عليه.

وأجاب ابن حمدين: أول ما يجب أن تشهد البينة على عين المقوم عليه عند النصف، فإذا تبين نظر للذين شهدوا بكونه في داره ملازم لها لم يبرحه ولا دخل في شيء من ذلك النهب، وإلى من شهد بحضوره ومشاهدته وأمره بالنهب فيقضي بأعدل الشيئين.

وأجاب ابن الحاج: الشهادة المستظهر بها على المقوم عليه غير عاملة، وبنحوه أفتى ابن رشد.

وأجاب ابن العواد: العقد المقوم به ضعيف لاختلاله وظهور الريبة فيه من شهوده فلا يلزم به حكم ولا يمين على المقوم عليه بما ثبت من أحواله الموصوفة.

وأجاب ابن أبي جعفر: المتسمون بذلك الاسم غير واحد فلا بد من تعيين المشهود عليه فإن عيّنوه وطالت إقامتهم معه في بلد واحد في غير منعة ولا حجاب من حكم من يعدل فتلك رتبة توجب إسقاط القيام لا سيما في هذه الأمور التي تنبني عليها أمور وشهادات الاسترعاء لا تكون إلا لذوي الفطانة والنباهة لأهل البلد ولو كانوا عدولاً.

وأجاب ابن العجوز: لا يسمع الحكام الدعوى ولا محكمة من القائم والشاهد في المقوم عليه عالم به، فمتى بطل من هذا شيء لم تثبت الدعوى، وإذا حصل الاشتراك في اسم المطلوب ـ كما ذكرتَ ـ بطل المقصود حتى يميز الشهودُ المطلوبَ. وهذا الأصل وما عداه فرع وإذا بطل الأصل بطل فرعه، ولو حصل التمييز وتعيّن الإقرار لبطل القيام مع عدم المانع. وشهادة من شهد للمطلوب من السمو عن الدناءة والنزاهة وهم كثير جمّ غفير، وتحقيق الشهود قيمة المنهوب يبعد عادة وهذا كله دليل على صحة الاسترابة وما يضعفها.

قلت: تقدم هذا الأصل والخلاف فيه مشهور وهو من أثبت شيئاً ونفاه غيره.

ومنها مسائل حكاها ابن يونس في الشهادات الأول منه شهادة أن في المحبس حبساً ولم يميزوا الحبس من المحشر الذي هو فيه غير حبس ولا بينوه شهادتهم ضعيفة وفيها وهمٌ. والذي أراه يحلف اليمين في مقطع الحق لصاحب المحشر أنه لا يعرف فيه حبساً ولا شيئاً مما شهد به. وبه أفتى الشيوخ في مثل هذه النازلة[1].

وفيه: إذا شهدوا عند القاضي فقبلهم ثم أرادوا الرجوع عنها فلا يكون رجوعهم إلاّ عند القاضي وإن شهد عليهم بالرجوع فلا يعمل بذلك. وكان ابن بشير القاضي يقول: عندي شهدوا وعندي يكون رجوعهم. كذلك أخبرني محمد ابن عتاب. وفيها قول آخر؛ إذا شهد عليهم بطلت شهادتهم.

وفيه إذا شهد شهود استرعاء بمجلس بمعرفته واحترامه بحرمة الأحباس وهم يرونه منذ مدة يُباع ويُتملك فإن كانوا من أهل الجهل بالشهادة فهي عاملة،

---

(1) ثلاث جمل سقطت من أ و ب.

وإن كانوا من أهل المعرفة ولم يثبتوا ذلك في شهادتهم فهي باطلة لأنه من باب قصد الكذب وليس الأول منه، غير أن الأول يتحرى فيه الخلاف في من يرى الشيء يباع ثم يشهد فيه.

ونزلت وهي مسألة ينبغي فيها الشهادة على العلم في تفرقته بين أهل العلم بالشهادة وغيرهم.

وعن إسماعيل القاضي: إن تكافأت الشهادتان في الشيء المدعي فيه بقي بيد حائزه وصار كمن لا بينة لهما ولا يحكم بملكه. كما لو ادُّعي عليه فحلف فيبقى في يده، فلو قال: أقيم البينة ولا أحلف، فلا يقبل منه هنا لأن البينة تشهد على الإثبات واليمين يكون على نفي ما ادعاه المدعي، وإنّما قبلت أولاً لأنها أثبتت الملك والأخرى تنفيه فقابلت [73 ب] هذه تلك. فإذا لم يقم المدعي ببينة فهو الموضع الذي جعلت فيه اليمين على المطلوب ولا تقوم البينة مقام يمينه لأن البينة تشهد على ظاهر الملك واليمين على حقيقته. ألا ترى أن الشهود إنّما يقولون لا نعلمه باع ولا وهب، ولو قالوا: لم يبع ولم يهب لكان جهلاً منهم وتعدياً ولأن اليد قد تكون للملك ولغير الملك ولو كانت تقتضي الملك لما استحلفنا المطلوب عند توجه الدعوى ولما سمعنا للمدعي بينة.

وفيه: الشهادة على الصفة في المملوكة جائزة بعد أن ينظر ويسأل: هل في البلد مملوكة على صفتها؟ فإن لم يوجد أسلمها إليه بعد حلفه في مقطع الحق أنه ما باع ولا وهب ولا خرجت من يده بوجه من الوجوه إلى حين يمينه، ويأخذ المقضي عليه نسخة تجمع ما ثبت للمقضي له عندك يطلب حقه بها.

قلت: عندي أن هذه تقيد ما ذكر ابن رشد إذا أنكر المشهود عليه أنه هو المطلوب وثبت أنه اسمه ونسبه في الوثيقة فالأصل أنه هو حتى يثبت أن في البلد من وافقه على ذلك فيكون الثبوت حينئذ على الطالب أن هذا عين المطلوب لكن يكون هذا بعد فحص القاضي هل هنا من يتصف بهذه الصفة أم لا؟ وأظن أني قيدتُ عن بعض نسخ ابن الحاج عن أصبغ أو غيره أنه إذا ثبَتَ اسمان في الموضع فيؤدي الحق جميعها حتى يثبت خروج أحدهما بوجه

صحيح. وهذا كله إن تعذر تفسير الشهود، فإن لم يتعذر فلا بد من تفسيرهم فيعمل عليه. ثم رأيت له: إذا جاء خطاب قاضٍ على عبد آبق له وساق صفته فوجد عبدين على هذه الصفة حلف على أحدهما واستحقّه، ومثله المديان يوجد غيره على صفته فيمكن له أن يحلف على من شاء منهما.

وفيه: إذا عدّل الشاهد بقوله لا بأس به أو لا بأس بحاله فهي تزكية. وفي حديث الموطإ من الصلاة: وكان لا بأس به، وقوله نعم الرجل تزكية. وفي الحديث «أهلك يا رسول الله، ولا نعلم إلاّ خيراً» إلاّ في حديث الثلاثة «والله يا رسول الله ما علمنا عليه إلاّ خيراً».

قلت: أما قوله «لا بأس» تزكية فنقل شيخنا الإمام عن بعض قضاة بلده أنه ألغى تعديل بعضهم به عنده. وأما قوله «نعم الرجل» فنقل احتجاج ابن هشام عليه بقوله تعالى: ﴿نِعْمَ ٱلْعَبْدُ إِنَّهُۥٓ أَوَّابٌ﴾[1]. وحُكي عن ابن حبيب أن قوله «لا أعلم إلاّ خيراً» لغوٌ. وحُكي عن ابن شعبان أنه خيْرُ تزكية لقوله تعالى: ﴿وَكُلٌّ مِّنَ ٱلْأَخْيَارِ﴾[2] وتعقّبَ الأخذ شيخنا باحتمال أن تكون أل للعهد.

قلت: معناه في منازلهم لا لمطلق كونه خيراً فقط. وسمعت تزكيته في بعض الطلبة «لا أعلم عليه شراً» ولعله أخذ من قوله «لا بأس به» وفي الموازية قوله «اختبرته وعاملته فما عَلِمْتُ إلاّ خيراً» أو إنه صالح فاضل ثقة «ليس تعديلاً» حتى يقول «عدل» أو «أراه عدلا». واختار اللخمي إن كان عارفاً بوجوه التعديل وعلم أن سؤاله ليمضي شهادته فهو تعديل. وقد أخرج البخاري في باب العدالة قول بريرة «لا أعلم إلاّ خيراً» غير أن صرف المسؤول عن «عدل رضًى» إلى هذا اليوم ريبة. قال شيخنا: قول بريرة إنما يدل على نفي الجرحة ولا يثبت التعديل.

المازري عن مالك: التعديل هو أن يقول «عدل رضًى». زاد الجلاب: ولا يقتصران على لفظ واحد من العدالة أو الرضى. وعن ابن عبدوس: يقول

(1) سورة ص، الآيتان: 30، 44.

(2) سورة ص، الآية: 48.

رضًى وأراه عدلاً. وفي نوازل سحنون عنه يقول: هو عندنا من أهل العدل والرضى[1] جائز الشهادة ولا ينبغي أن يزيد القاضي ترضون شهادته لكم وعليكم. وفي كتاب ابن حبيب: ليس عليه أن يقول في علم الله. ابن رشد: لا يلزمه أن يقول هو من أهل العدل، لأن القطع به لا يصح، ولو قاله لم يضرّه ولا يكون غموساً، ومعناه ما غلب على ظنّه من عدالته ولا يدخل فيه ما ذكره مالك في استحقاق الملك.

ولابن هشام عن محمد: التزكية جائزة من غير تفسير. المازري: حكى أبو المعالي عن القاضي [74 أ] وجوب الكشف عن السبب الذي وقع به التعديل ولا يجب ذلك في التجريح، والمعروف من مذهبه المساواة بين التعديل والتجريح ولكن يعتبر حال الشهود بذلك إن كانوا من أهل العلم بحقيقة الجرح والتعديل لم يُسْتفسَروا وإن لم يكونوا كذلك وجب استفسارهم، وهذا الذي أشار إليه من اعتبار حال المعدّلين والمجرحين لا يخالف فيه إن علم جهلهما بذلك، ولكن تصوّر الخلاف في من جهل قدر معرفته بذلك.

اللخمي: اختلف في قبول التجريح إجمالاً على أربعة أقوال انظرها في تبصرته.

قال شيخنا الإمام: وحكى بعض شيوخ شيوخنا بقوله «هو رجل سوء» بأنه تجريح مستدلاً بقوله تعالى: ﴿إِنَّهُمْ كَانُواْ قَوْمَ سَوْءٍ فَـٰسِقِينَ﴾[2] قال: وهو حسن وذكره بعض المتقدمين.

قلت: قد يقال إنه سجّل عليهم قبل قوله ﴿كَذَّبُواْ بِـَٔايَـٰتِنَا﴾ وبعقوبتهم بقوله: ﴿فَأَغْرَقْنَـٰهُمْ أَجْمَعِينَ﴾ فيكون بمنزلة ما رد هو به بقوله هو خير.

قال وتقرير ابن عبد السلام بما ليس بجرحة هو من جرح رجلاً فسُئل عن جرحته، فقال رأيته يُغتاب بحضرته ولا ينكر، فيه نظر والأظهر أنه جرحة إلاّ أن يكون نادراً منه ولا يستطيع أن ينكر في قوله محلّ لا يستطيع القيام منه، حسبما

---

(1) ثلاث جمل سقطت من أ.

(2) سورة الأنبياء، الآية: 74.

قُرِّرَ في باب الغيبة. قال النووي: يحرم استماعها كما يحرم ذكرها.

في نوازل سحنون: إن قال المجرحون «هو غير عدل ولا رضًى» ولم يبينوا هو تجريح من أهل المعرفة. وفي الرواية: لا يجوز تجريح بنقل شهادتهم مثل قولهم: سمعنا فلاناً يشهد أن فلاناً غير عدل ولا رضًى، وكذا التعديل بذلك. وأما شهادة السماع المعروفة فيثبت بها التعديل والتجريح وقد مضت.

ابن الحاج: لا يُقبل التجريح المجمَل إلاّ ممن يعرف وجه التجريح والمفسّر يقبل من كل عدل.

ابن الحاج: إذا ادعى أنه ضمن له ذهباً عن غريم فأنكر توجّهت له اليمين عليه فإن نكل حلف المدعي واستحق ما ادعى عليه. وكأني أذكر في حاشية أنه لا يتوجّه له اليمين إلاّ بعد ثبوت أصل الحق. ولا أعرف الحاشية. وفي موضع آخر إن ادّعى أنه تحمّل له ذلك في أصل العقد وجبت له اليمين، وإن لم يدع أنه في أصل العقد جرت على الخلاف في دعوى المعروف. وفي أصل الأسدية: إذا لم تكن بينهما خلطة فلا يمين عليه.

وفيه: في رجل من أهل الثروة والمال له وكلاء ينظرون في كراء ربْعه ولا يتولى ذلك بنفسه، فادعى بعض الناس أنه تولّى منه الكراء وأنّه سلّفَهُ مالاً، هل يتوجّه له عليه يمين إذا ثبتت حاله السابقة أم لا؟

جوابها: تعلق اليمين بالمطلوب مع الخلطة أصل مذهب مالك والحكم بذلك في المدونة وغيرها، وثبت في بعض طرق الأحاديث إذا كانت بينهما خلطة، وذهب جماعة من العلماء وبعض المالكيين وبه كان يفتي ابن لبابة وجرت الأحكام قديماً ودرج عليه من مضى من القضاة والمفتين سقوط اعتبار الخلطة، إلاّ أنه قد يلوح للحاكم وجه الحق مما يتضح عنده من أسبابه وبراءة المطلوب لخيريَتِهِ وشهرته في العدل وبعده عن الطلب، فإذا كان كذلك وحكم بإسقاط اليمين في غير هذا فلا حرج عليه.

قلت: وبِعَدَمِها جرى عمل الناس اليوم بتونس، وأفتيْتُ بها في القيروان في الدعوى على النساء بما ثبت من أهل الستر في الدعوى على الخصوم على

أهل الرجل وأمه وأخته إلى غير ذلك وعلى اعتبارها فليست هي من مواضع ذكرها ابن يونس وغيره فتُنظَر فيه. ابن الحاج: امرأة من أهل الحجاب والصون ادعي عليها بدعوى فلا. ابن رشد: لا يمين [74 ب] عليها إلاّ بعد ثبوت الخلطة.

قلت: ونحوه ما اخترْتُهُ وأشار إليه ابن الحاج قبل هذا.

وفيه: إذا ادعى عليه شتماً فلا يحلف حتى يقيم بينة، فإن أقام شاهداً حلف المدعى عليه فإن نكل سجن حتى يحلف. ابن القاسم: إذا طال سجنه خلي سبيله. ولأصبغ: يؤدّي إن كان معروفاً بالأذى والفحش والمشاررة وإلاّ فأدبُه حبسه الماضي.

ابن رشد: اختلف في من ادُّعي عليه شتم هل يحلف أم لا؟ وأرى إن كان من أهل الفحش حلف فإن أبى سُجن وإلاّ فلا يمين.

وفيه: إذا وجبت يمين فأراد الطالب تأخيرها والمطلوب تقديمها أو بالعكس وجب تعجيلها مطلقاً لمن طلب ذلك ولا تؤخر.

قلت: لأن حكم الحاكم من باب تغيير المنكر فيجب على الفور بحسب الإمكان إلاّ أن يكون مِنْ تَوَجّه الحكم إشكال فيجب التربص والإرشاد للصلح ما لم يضرّ بأحد الخصمين فيقضي بما تبيّن له. وهو رأي بعض الأندلسيين من بني بقي بن مخلد لأنه يقول: إذا رأيت أحد الخصمين له لحن في حجّته وهو مبطل في نفس الأمر وتفرست في الآخر البله تؤخرهم كي يرجعوا إلى الحق.

وفيه: رجل قام على آخر وادّعى أنه أنفق على أهل داره ودوابّه في مدة عيّنَها بأمره، ودنانير طالبه بها وأشياء ذكرها على وجه السلف، فأنكر ذلك وثبت إنكاره ورفعه إلى أمير المسلمين وأوقفه فأنكر أيضاً وثبت إنكاره، ثم قال بعد إنكاره: إنما أنفق على الدواب من ربح أحد وثلاثين مثقالاً مرابطية كنتُ دفعتُها إليه مع أربعة من البغال فيتّجر بها ويكون الربح بيننا ومن الربح أنفق على الدواب، ولا بيّنة له على ذلك وثبتت مقالته. فرام بعض الناس الصلح فأبى الطالب وطلب استيفاء حقه.

جوابها لمحمد بن عتاب: إذا أقر المطلوب بالنفقة على الدواب ولم تكن له بيّنة على دفع الذهب والبغال فيجب للطالب الرجوع على المطلوب بما أقر به بعد حلفه على تكذيبه في ما ادعى عليه من دفع الذهب والبغال وأنه أنفق عليه من ماله، ويلزم المطلوب الحلف في سائر ما ادّعاه عليه والقول قول المطلوب في مبلغ النفقة إن لم يتقاررا عليها وليس للطالب بينة على مبلغها. ولأصبغ بن محمد نحو هذا الجواب. ابن رشد: إذا لم تكن بينة فالواجب حلف المدعى عليه بالله الذي لا إله إلاّ هو ما دفع لي مالاً للتجارة ولا وجب له عندي ربح ولا شيء ولا استحق بيمينه قِبَلهُ نفقة الدواب لا أكثر. وإن أبى الحلف حلف المدعي بالله الذي لا إله إلاّ هو لقد أنفق عليه جميع ما ذكره من ماله بأمره ولا دفع إليّ شيئاً للتجارة ولا له ربح[1] واستحق جميع ما حلف عليه ويقضى له به. ابن الحاج نحوه.

وأجابه فقيه مالقة محمد بن سليمان بنحو ما مرّ وزاد وتقيّد في السؤال أن نفقة الطالب كانت بأمر المطلوب وإن ذكر مبلغ النفقة بالتوقيف حلف على ما زعم من نفقة وسلف ويرد اليمين على ذلك كله، وإن لم يقيّد النفقة كان القول قوله في ما يشبه من النفقة وأخذ بعد اليمين وسقط شطط النفقة، وأضاف إلى يمينه نفْيَ دعوى القراض على أنه قراض يجوز، ولو قامت بذلك بينة بضم الدواب إلى الذهب والعمل بذلك كله قراضاً وإنكار الطالب المردودة عليه اليمين يمنع كون المطلوب مُقرّاً بنفقة الدواب فيلزمه شيء من ذلك بهذا الإقرار والمردود عليه فيحلف كل منهما على ردّ ما ادُّعِيَ عليه فمن نكل حَلَف صاحبه واستحق، ومن دُعي إلى الصلح يُجبَر عليه من أباه.

وفيه: إذا أقام شاهداً بالحق وأبى [75 أ] الحلف معه حتى وجد آخر أربعة أقوال: الأول يضيف الثاني للأول ويأخذ حقه بغير يمين، الثاني يحلف مع الثاني ويستحق حقه، الثالث لا شيء له إلاّ بشاهدين سوى الأول، والرابع لا شيء له أصلاً لأنه تمكّن من حقه فتكره.

---

(1) ثلاث جمل سقطت من ج.

وفيه: من دفع مثاقيل في حق فرد عليه مثاقيل رديئة بعد مدة فأنكره، ففي موضع: حلفه هل هو في مقطع الحق مراعاة لأصل المعاملة أو موضع الحكم مراعاة لما بين الردي والطيب لأنه أقل من ربع دينار، قولان، وبالأول قضى ابن رشد.

قلت: من نظيره عنه.

وفيه: أعتق رجل خادماً بقرطبة[1] وشهد فيها ووضع قيمتها وحملها إلى ماردة وأجل عشرة أيام فزاد على الأجل نحو الثلاثين يوماً فقال الآخر: أريد المسير إلى بلنسية وأخذ القيمة.

فأفتيت بالتلوّم عليه ثلاثة أيام فإن لم يأت أخذ القيمة، والقيمة إنما وضعت بهذا كما لو هلكت الدابة، والثلاثون يوماً مدة طويلة وهي من باب الحكم على الغائب يفرق فيه بين القرب والبعد. فقال ابن رشد: ماردة لا قريبة ولا بعيدة وهي عندي في حيّز البعيد وفي خامس يوم وصلناها من قرطبة.

قلت: تقدم تفسيم ابن رشد في الآجال ويصير المخوف القريب بعيداً.

وفيه: إذا ادعى رجل أنه باع شَقّة لآخر وقال الآخر بل فصّلْتُها قبل أن أتفق معه على ثمن، فالقول قول مدعي الحلال إن أشبهَ أن يكون ثمنها.

وفيه: من أقرّ في مال بيده أنه لرجل فهو كالهبة إن قام في صحته أخذه وفي مرضه أو بعد موته فهو ميراث.

قلت: يحتمل أنه إنما ذكر ذلك إذا لم يذكر له وجهاً صار إليه، ولو قال من معاملة صحيحة أو من وجه كذا فيأتي بما يقتضي أنه يلزمه مطلقاً، وانظر لو سئل عن ذلك فقال هو لفلان ثم قال أردتُ اعتذاراً، هل تجري على مسألة النكاح؟ وقدّم فيها ثلاثة أقوال؛ أو لا تجري لأن هزل النكاح جد بخلاف الإقرارات.

---

(1) كذا وردت الجملة بالأصول.

وفيه: من عليه صك أو بيده وديعة أو عارية فجاء رجل فقال: وكَّلَني رب الحق على قبضه فصدقة عن ذلك بيده، فالذي يظهر أنه لا يجبر على الدفع، ولست أعرفها منصوصة لنا، وبه قال الشافعي.

قلت: في سلمها الثاني ولك قبض ما أسلم فيه وكيلك بغير حضرته ويبرأ دافعه إليك إن كانت لك بيّنة أنه لك أسلمه وإن لم يكن لك بيّنة فالمأمور أوْلى بقبضه منك.

ابن يونس عن القابسي: لو أقرّ الذي عليه الطعام بأن المأمور أقرّ عنده بأن الطعام المسلم فيه لفلان الآمر ولا بيّنة له فلا يجبر المقر على دفع الطعام للمقرّ له، ولا يكون شاهداً لمنفعة نفسه في تفريغ ذمته. قال: ورأى بعض أصحابنا أنه يؤمر بالدفع فإذا جاء واعترف بذلك وإلاّ غرمه ثانية. وفي كتاب ابن سحنون نحو قول القابسي، قال فيه: ومن عليه الحق لا يكون شاهداً. وعن بعض القرويين تجوز شهادته إن كان عدْلاً ويحلف معه المقر له ويستحق ولا يتّهم إن حل الأجل إذ لو شاء يدفعه للسلطان لكان ذلك له، فلا يتّهم عن دفعه عن ذمته بخلاف شهادته إن كان عدلاً ويحلف في مال الغائب لبقاء ذلك في يديه.

قلت: ولذا أحفظ في أحكام ابن سهل أن فيها قولين في جبره على دفع ما اعترف به من أنها وديعة ونحوه للمطلوب والله أعلم.

وفيه: إذا شهدت بينة بالعدم وأخرى بالملاء فإن عينت مالاً فشاهدتها أعمل بلا خلاف، وإن لم تعين فظاهر ما في أحكام ابن زياد أنّ سقوط شهادة الملاء أعمل، وظاهر ما في شهادة أبي زيد سقوط الشهادة. وقد يقال شهادة الملاء أعمل لأنها أوجبت [75 ب] حكماً يحمل الناس على الملاء وكل دين بحق الإنسان على غير عوض أخذه فقول مقبول بالعدم حتى يثبت الملاء كنفقة الأب إذا ثبت عدمه فيقول الابن أبي عديم فقوله مقبول، وإن أخذه عن عوض فهو على الملاء به حتى يتبين عدمه. ولو كان المطلوب ميتاً وقام الطالب على الورثة أثبت مع ما يطلب منه إثبات أنهم ورثوا منه مالاً لأن الميت ليس له حالة يقرّ بها.

قلت: لما في المدونة أن الديون الثابتة كانت عن عوض أو لا فحكمها واحد كجنايات الخطإ ونفقة الزوجات والأولاد إلى غير ذلك. وبه العمل. وما حكاه ذكره اللخمي.

وفيه أيضاً: اعترف رجل أن قِبَله دنانير مرابطية من معاملة صحيحة جرت بينهما عرفا قدرها، واعترف أنه غير عاجز عن أدائها، ومن ادعى عُدْما فدعواه باطلة وبيّناته زور ساقطة، ولما حلّ أجل هذا الدين ومقداره سبعة أشهر استظهر بعقد عدم وأن ماله محبس على بنيه قبل عقد المعاملة، فهل ينتفع بعقد العدم أم لا؟

فأجاب ابن رشد: إذا أقرّ على نفسه بما ذكرت فلا ينتفع بعقد العدم حتى تشهد بينة قبل طريان الدين عليه. وأجاب ابن الحاج: إذا ثبت هذا وأعذر إليه فلم يقدر على دفع الإقرار واعترف به ثانية فلا بد من أخذه به ولا ينتفع ببينة العدم لأن إقراره يكذبها لا سيما في هذه المدة القريبة حتى يبينوا ما يظهر به للحاكم وجه شهادتهم من سرقة أو نهب أصابه وشهدوا بذلك على عينه فإذا ثبت هذا أعذر الحاكم بشهادتهم للطالب. فإن لم يكن عنده مدفع ارتفع عنه الطلب إلى ميسرة، والأموال التي ادعى أنه حبسها على بِنيه قبل الدين لا يلتفت إلى ذلك وتباع في الدين حتى يثبت أنه حبسها قبل الدين ثبوتاً لا مدفع فيه، وكذلك إن جهل تحبيسها هل هو قبل الدين أو بعده بيعت في الدين.

قلت: ونحوه في كتاب الهبات.

وفيه: دلال عرف بالبيع للناس لا لنفسه فباع سلعة وقبض ثمنها ثم استحقت وطلبه المبتاع بالثمن فقال له الدلال: قبضه ربه ولم يحضر وقت البيع، فالواجب تكليفه إحضار البائع فإن قال لا أعرفه أو طلبته ما وجدته حلف على ذلك في مقطع الحق ولم يلزمه غرم، وكان ينبغي له حضور الأمر ويدفع إليه، وكان ينبغي للمبتاع أن يتثبّتَ لنفسه.

قلت: تقدم في المدونة أن ما باعه الطوّافون في المزايدة مثل النخاسين وغيرهم أو من يعلم أنه يبيع للناس فلا عهدة عليهم في عيب ولا استحقاق والتباعة على ربّها إن وجد وإلاّ اتبع.

وفيه: إذا كان بيد المفقود قراض وودائع فلا يحكم لصاحبها بها في ماله حتى يحكم . . .[1] بخلاف الدين في الذمة لاحتمال لو حضر لادعى الضياع أو الخسارة في القراض. ونزلت في رجل فقد في . . .[2] فقلت فيه هذا.

قلت: تقدم في من هلك وقِبَله قراض وودائع فلم توجد. ومثل هذا هلاك المفقود في هذه المسألة.

وفيه: الإكراه على الأقوال لا يلزم به الأقوال مثل الإكراه على الطلاق وعلى الرجوع عن الشهادة فلا يصح له ذلك فيهما. والإكراه على الأفعال التي تعلق بها حق لآدمي فلا خلاف أنه لا يصح منه إكراه ويؤخذ بما فعله مثل إكراهه على قذف رجل فإنه يحد. والإكراه في ما يرجع لحق الله تعالى مثل الإكراه على السجود لصنم أو الصلاة لغير القبلة فيصح فيه الإكراه، ومثل الزنا وشرب الخمر فعلى [76 أ] قولين هل هو كراهة أم لا؟ واعرف تفرقة بين الزنا وشرب الخمر فالثاني إكراه دون الأول ويجب على فاعله الحد لأن الزنا لا يفعل إلاّ بإرادة وشرب الخمر يكون الإكراه فيه.

قلت: تقدم هذا الفصل قبل هذا.

وفيه: وإذا شهد عند القاضي بملك دار لرجل وهو يعلم خلافه أو شهد عنده بحق وهو يعلم براءته منه بدفعه، أو أقر عنده بقبضه لم يحكم في شيء من ذلك.

قلت: بل يرفع فيه عند غيره ويكون شاهداً على مذهب مالك في عدم الحكم بعلمه وانتصاب من له حق تحت يده، وإن كان خلاف تشبيه وأن من سرق سرقة فقدم للقطع فأثبت أنه كان جحده صاحبها حقاً كان له قبله سقوط القطع لموضع الشبهة. واحتج مالك بقوله عليه الصلاة والسلام «أقضي له على نحو ما أسمع» وبعدم إعماله بعلمه في المنافقين، وتقدم ما في ذلك من الكلام.

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصول.

(2) بياض بمقدار كلمة في الأصول.

وأما مسألة من له حق فأراد أخذه مما تحت يده فحكى فيها ابن رشد ستة أقوال مذهب المدونة منها أنه يفعل لقوله «أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك» الحديث.

وفيه: إذا قام بعقد ابتياع من المقوّم عليه أو من إليه تاريخه منذ عشرين عاماً وهو حاضر، وذكر أنه ما منعه من القيام إلاّ عدم وجدان الوثيقة، يحلف بالله ما ترك القيام في الأملاك تسليماً لها ولا رضًى بترك حقي لها، وما تركت القيام إلاّ لعدم وجدان العقد ويأخذه من يده، ولو كان أبو القائم هو المشتري من هذا لكان بلغ في الإعذار فيحلف ما علمت بالشراء إلاّ وقت قيامي.

ولو قال أعمرتُك إياها أو أكريتها منك أو أرفقْتُك بها فلذلك لم أقم كان أوضح في الطلب. ولو قال المقوم عليه أقلتك منها بعد أن بعتها لك لقُبِل قوله بيمينه وتبقى بيده الأملاك. ولو قال إنما أعمرتك في الأملاك هذه وادعى المتملك أنه ابتاعها فنفعتْهُ الحيازة وكانت له الأملاك.

قلت: تقدم في بعض أبواب الحيازة وهو محمول على العلم أولاً، والفرق بين أن يتوصل إليها بميراث أو شراء، انظر تحصيلها من كلام ابن رشد في شرحه.

وفيه: من أنكر حقاً وقف عليه ثم أقرّ به وادّعى القضاء هو بمثابة من أنكر حقاً فقامت عليه بينة فادعى القضاء يدخله الخلاف من المدونة وغيرها، ومثله لابن زرب في هذا الأصل.

وفيه: من جهز ابنته بجهاز وعيّنه وقوّمه وأورده بيتَ بنائها وأشهد أنه عارية بيدها متى قام أخذه أو حتى ترشد، وأشهد أنه متى حدث به حدث الموت وقامت تطلب مورثها أو قام أحد بسببها فالورثة يحاصّونها بقيمة ما شورها به، والمتجمّل في جميع قيمة ذلك ألف مثقال وأربعمائة مثقال وأربع وعشرون ديناراً. وانعقد ذلك كله بالشهادة ثم توفي الأب بعد إقامة البنت مع زوجها عشرين سنة فقام الورثة يطلبونها بالمحاصّة في الجهاز فأنكرته وأنكره وكيلها فأقام الورثة شهوداً غير مقبولين بنص العقد فلما وجب يمينها أخرجت بعض الثياب المذكورة، هل يكون إظهارها هذا إقراراً بما تضمَّنتْه العارية أم لا؟

جوابها: إذا لم يثبت عقد العارية بما جهزها به أبوها فلا حق للورثة في جهازها لطول المدة إلاّ ما أقرتْ به من عارية بعضه فإنها تكون ميراثاً، واليمين لاحقه لها في سائر ما ادعاه الورثة وأنكرته.

وفيه: إذا وُجد ناض في تركة الزوج فادّعته المرأة لنفسها، فإن قام لها دليل مثل أن تكون حديثة عهد ببيع أصلٍ أو عرضاً ثمنه مثل ذلك قُبِل قولها مع يمينها وإلاّ قضي به لورثة الزوج بعد أيمانهم إن الذهب مما يمكن كونه للزوج أو لهما. ومن الشيوخ من يراعي أن يوجد في وعاء يكون للمرأة كالدرج والحُقّ فيكون لها مع يمينها.

وفيه: إذا قام الرجل بحُسْبة فلا يوكل عليها وهو يتكلم ويترك ويحمل أن يجوز ذلك عند الضرر [76 ب] وشبهه.

وفيه: تجزى شهادة الصبيان في القتل والجرح ولها فروع ومسائل تُنظر في اللخمي وغيره، ومثله شهادة النساء في المآتم والأعراس والحمامات، وشهادة المجهولين في البلاد النائية عن القاضي إلى غير ذلك.

وفيه: في مطلقة لها أولاد من مطلقها تزوجت آخر فتريد زيارة أولادها وزوجها يمنعها من الخروج إليهم. قال: يحملون إليها وإن لم تكن إلاّ بكراء فذلك عليها لأبي الصبيان.

قلت: يريد لأنه حقها فكل ما يؤدي إلى تحصيله فهو عليها إن شاء الله.

وفيه: إذا قضى القاضي بحق فامتنع المطلوب فيجب على القاضي أخذه من ماله، وإن أدى إلى قتاله قاتله. ومثله الزكاة بل حق الله فيها أوجب.

وفيه: في رجل كان مولعاً بالخدمة والتصرف لبعض أبناء الدنيا، ثم إنه هرب عند اختلاف أرباب الدولة ثم جاء ودخل تحت جاه من له حرمة وداخله حتى أدّعى أنه وكله على جميع رباعه ومستغلاته وغفل عنه الموكل لشغله بالقضاء نحو اثني عشر عاماً ثم استخونه فطلبه بالحسبة وعما عنده فأقرّ أنّ جميع ما بيده وما حصله مقيّدٌ في أزمّة تشتمل على الدقيق والجليل، فألح عليه الموكل

المذكور في استعجال ذلك فأنكره واحتمى برجل من أبناء الدنيا فقال: لم يقيد شيئاً ولا أقر بحسبة، وثبت إقراره بالأزمة بالشهادة وإنكاره كذلك ولم يدع أن موكله ولا أحداً من سببه وصل إليه شيء مما كان له قبله، فهل يشدد عليه حتى يُخرج الأزمة ويؤخذ بما شهد عليه به من بعض أنواع ما بيده أم لا؟ ويسجنه إن تمادى على الإنكار.

جوابها لمحمد بن عتاب: يلزم الوكيل إحضار جميع ما أقرّ به من الأزمة على نحو اعترافه، فإن أبى شدد عليه وبولغ في ذلك مما يؤدي إليه اجتهاد الناظر فيه، وتلزم محابسته في جميع ما تصرف فيه وقبضه ويلزمه ما ثبت عليه من ذلك كله.

وفيه: العبد إذا ثبت عليه القتل وسيده غائب غيبة بعيدة فلا بدّ من الإعذار لسيده، لأن العبد إن قتل لم تبق له حجة إذا قدم والخلاف في الصغير كالغائب، وقول أصبغ أبين لأن الوكيل له من الكشف أكثر من القاضي لاشتغال القاضي بغيره ولو تأتى له البحث والكشف لاستغنى عن الوكيل وهذا في الدعوى عليه. وأما إن كان الحق له فلا يصح إلاّ بوكالته إلاّ أن يُغصب له شيء أو يأبق أو أمر يعلم أنه تعدى عليه فيه فينظر له من غير وكالة. وكذا لو كان له دين على من يخشى فقره أو أراد سفراً لبلد بعيد أو طعام يخشى فساده نُظر له.

قلت: هذا أحد الأقوال في القيام بحق الغائب من غير وكالة.

وحكى المتيطي وغيره فيها أقوالاً فقال: وظاهر قسمة المدونة القيام له والعمل على أن لا يقام له ولو من قريب قرابته.

وفيه: امرأة اشترت حصة من دار من امرأة أخرى بثمن أحضرته وقبضتْه وكُتبت عليها بذلك وثيقة تقتضي صحة البيع وقبض الثمن، ثم إن المشترية المذكورة أكرت تلك الحصة من الباقية عامين بعد ذهاب مدة ثُنْيا تطوعت لها بها بعد العقد وأسقطت المكترية المذكورة حقها فيها وأشهد بقبض بعض الكراء وبعضه يدفع في أثناء المدة وبعضه بعد انقضائها. ثم قام وكيل المشترية المذكورة عند ذهاب المدة يطلب الكراء من البائعة المذكورة في الحصة فاعترف

وكيل البائعة بالكراء وادّعى الدفع في كل شهر ما يجب فيه وبأن البيع كان فاسداً في الحصة وأنها أقالتها منه ودفعت له في أثناء المدة بعض الثمن الذي وقعت به الإقالة، هل من دعوى هذا الوكيل ما ادعاه من الإقالة والقبض فيها ودفع الكراء وفساد البيع أم لا؟ وقد ماتت المشترية المذكورة وثبتت وفاتها وعدة ورثتها.

فأجاب ابن رشد: إن لم يكن للمطلوبة بينة في ما ادعاه وكيلها من دفع الكراء والإقالة فيستحلف وارث المشترية أنه ما يعلم شيئاً من ذلك وقضي له[77 أ] ما بقى من الكراء غير الذي انعقد قبضه بالشهادة وبكراء المثل فهو مدة الوجيبة بالجهة المبيعة من الدار بعد إثبات ملك البائعة لها حتى وقع فيها البيع، والله أعلم.

وفيه: إذا ادعت المرأة في تركة زوجها ما يشاكلها وأولادها ورثته حلفت على ذلك وليس من دعوى الولد عليها لأنها هنا مدّعية فحكمت السنة بحلفها. ومثله لو قامت تطلب بصداقها من الوصي على أولادها من زوجها لحلفت يمين القضاء لأنها طالبة. ولو ادّعى عليها أبوها حقا ففيه قولان، انظر ما ذكره ابن العطار وابن الهندي.

وفيه: إن امتنع الأب من النفقة على ولده الصغير حبس لأنه يضره ويقتله بخلاف دين الرجل على أبيه وأمه.

وسئل المازري عمن طلب بصداق زوجته فادّعى الفقر وطُلب بالبينة فأتى بجمع ذكر أنهم جيرته مطّلعون على أحواله منهم من يتوسّم فيه الخير شهدوا بأنه فقير لا مال له وكيف إن لم يجد سواهم؟

فأجاب: لا يقضى في عدالة الشهادة في مثل هذا بالتوسّم ولكن إذا عدم العدول بفقده ووجب حبسه كان تخفيف حبسه وقصر مدته بقدر قوة الظن بصدق الشهود المتوسم فيهم الخير أو ضعف الظن بهم.

قلت: تقدم تخفيف الدين الذي يكون على عوض وهذا منه.

وسئل عن رجل ادّعى على رجل أنه رهن عنده حلياً في دنانير دفعها عنه

في مغرم منذ عشر سنين أو دونها وقال: سألته عنه منذ شهر أو نحوه فقال: أخذه مني فلان لرجل سماه، قال: فسألت الرجل هل أخذ منه شيئاً؟ فقال: ما أخذتُ منه شيئاً وأنكر المدعى عليه ذلك وقال: لم يرتهن عندي شيئاً ولا سألني ولا قلت له شيئاً، وطلبه باليمين على ذلك فقال: المدة طويلة ومثلك لا يكون له طلب ويصبر هذه المدة من غير عذر فإن اليمين هل تلزمه بهن أم لا؟

فأجاب: إذا أثبت المطلوب باليمين إحالة هذه الدعوى وأن مثل هذا لا يسكت عن طلب ما ذكر طول هذه المدة من غير عذر فإن اليمين[1] ساقطة إلاّ أن يكون للطالب عذر يعتذر به ويعرض على الشهود فيرونه يشبه فتتعلق اليمين. فروجع بأنه إذا لم تتعلق اليمين لطول المدة فهل تتعلق بدعوى أنه سأله منذ شهر أو نحوه وعرفه أن فلاناً أخذه فأنكر المدعى عليه ذلك.

فأجاب: هذه الدعوى الثانية فرع لأصل وهي الدعوى الأولى، فإذا كانت الدعوى الأولى تبين كذبها بشهادة البيّنة أنها خالفت العادة لأجل أنه يمكن له كان حقاً لسكت عنها من حين تسليم الحلي عشر سنين ولا يؤخذ الطلب، فإذا أثبت أنه لو صدق في دعواه لطلب في خلال هذه السنين فتركه الطلب فيها يدل على كذبه. فإذا قال له لقيتَني منذ شهر فأقررتَ عندي بأن الحلي جرى فيه ما ذكر وكان ما قبل الشهر من طول الأمد قد ثبت أن سكوته فيه يكذب دعواه وهذه الدعوى الثانية فرع الأولى، وإذا بطل الأصل بذلك الشيء بعينه الذي تبين كذبه فيه من جهة العادة فلا شك أيضاً في بطلان الدعوى الثانية لأنها فرع الأولى، وإذا بطل الأصل بطل فرعه.

وسئل عمن شهدت بينة بوفاته وعدة ورثته ومن ورثته مَوَلّى عليهم محاجير[2] وجائز الأمر فدعا كافل الأيتام وجائز الأمر إلى بيع الربع فنوديَ وبلغ ثمناً فأتى صبي قد بلغ فزعم أنه ابن الميت وأقرّ الجائز الأمر به وأتى بجماعة كثيرة شهدوا بذلك ولا قدر عل تعديل أحد منهم ومنهم أماثل من سكان الرملة

---

(1) أربع جمل سقطت من ب.

(2) في ب و ج: محاويج.

والمتعيشين بها والمتوفى منهم، فهل ينفذ هذا البيع ويبقى نصيب القائم موقوفاً أو يوقف البيع حتى تثبت البنوة وهو يضرّ ببقية الورثة لحاجة الجميع للبيع.

فأجاب: من حق المولى عليهم البيع لحاجة الإنفاق إذا كان الربع لا ينقسم[77 ب] ولا عندهم ما ينفقون وبيع نصيبهم منفرداً فيه بخس وضرر عليهم ولكن إذا بيع وبعض الدار مجهول على من تكون عهدته دخل على جهل العهدة، والأوْلَى أن يقول في هذا على أن الولد إذا أتى بمن لم يقبل وضربت الآجال وانقطع إثبات حقه فليصرف عن طلب هذا حتى يجد بينة ويباع الربع على ملك من ثبت ملكه له وعهدته عليه وعهدة ما يصح للطالب بإقرار جائز الأمر عليه فإن أثبتَ بيّنة بعد ذلك صار كالاستحقاق واعتباره لا يفسد البيع ولا يمنع منه.

وسئل عمن قام غرماؤه عليه وفلّسوه وعليه صداق لزوجة ابنه حملاً لا حمالة وأرادت المحاصة بذلك.

فأجاب: إذا عقد النكاح عليه ولا دين عليه حين العقد ولا ما يوجب المنع من هذا الحمل فلها المحاصّة إلاّ أن يكون سلفهم بأعيانهم فهم أحق بها.

قلت: ويحتمل على قول ابن حبيب أن لا تحاصّ بذلك المهر عنده كما مر في الزكاة وتحمّل، إلاّ أن يتخرج عيه لأنه حمل على غير الزوج وسئل عمن اشترى داراً فيها خراب فبني فيها من نقضها ونقض ما يستحق النقض ثم باع ما بيّن أو بعضه ثم استحق من الدار ثمانية أجزاء من ثلاثة عشر وتنازع المستحقون مع المشتري في قيمة ما أخذه من البناء وما أفاته بالبيع من الأنقاض ثم أراد بيع الدار على الأنصباء الثانية فهل يجوز هذا أم لا؟

فأجاب: إن كان هذا الخصام يرجع إلى أجزاء الدار المبيعة ولم يثبت هل يستحق الأجزاء المخاصم فيها أو صاحبه، فلا يصح البيع لأجل الخصومة والبيع معها لا يجوز والعهدة لا يعلم المشتري على من تكون. ولو كان كل أحد يعلم قدر جزئه وإنّما الخصام فيها يرجع إلى الذمة فذلك سائغ ويصح البيع وينظر في ذلك الثمن لأجل المطالبة بالدين على بيع الدار.

وسئل عن صفة الشهادة على الفقر هل على العلم وعلى البت أو تكون في الظاهر على البت والخفي على العلم؟ كما اختاره بعض المتأخرين، وهل له وجه وذكره غيره أم لا؟ فإن كانت على البت فما وجه اليمين فيها؟ وهل يُجتزأ بقول الشاهد فقير فقط أو حتى يزيد لا أعلم له مالاً؟ وهل هي محتاجة إليها مشروطة أم لا؟ وأما على العلم فهل يُجتزأ بقوله لا أعلم له مالاً من غير أن يقول إنه فقير؟ وهل بين قوله لا علم له مالاً مع قوله لا مال له في علم فرق؟ وكيف إن قال من منفعة المحصول من شهادة الفقر عدم العلم أن يكون للمشهود له مال هل هذا الحصر صحيح أم لا؟ وإن سمح الشيخ بإقامة دليل على ما يرتضيه من هذه الأقوال وإيضاح ما يشكل فهو مرغب منه.

فأجاب بقوله: اعلم أن الله سبحانه فرع أحكام ما يُعبَد به في البدن وما يُبذل من المال في القرب وأحكام المعاملة فيه على وجوده تَظهر وجوه المصلحة في أكثرها لمن علم أسرار الدين، وإن كنّا لا نوجب عليه رعاية الأصلح خلافاً للمعتزلة، وكذا أحكام القضاء والشهادات مما أمكن معرفته بالعلوم الضرورية كعلم الحواس من غير مشقّة طلب فيه الشاهد أن لا يشهد إلاّ بما يعلمه ضرورة، وبعض الشهادات يشقّ الاطلاع المثمر للعلم الضروري فيطلب بالاستدلال على طريقة بعض الأصوليين، وكذا طلب ما لا يمكن تحصيل فيه أصلاً لغلبات الظنون. وتختلف هذه الأنواع بأن يكون حكم شيء منها خلاف حكم ضده كالتعديل والتجريح، فإن التجريح طريقة القطع بأن يرى المجرح للشاهد زِنًى أو سرقة أو شرب خمر أو قتله للنفس، والتعديل ضده وخلافه لأن قصارى ما يدركه المعدل أن يراه يصلي [78 أ] ويصوم ولا يعثر له على كبيرة ولا إكثار من صغيرة إلى غير ذلك، مع تجويز أن يكون كافراً أو صاحب بدعة في الباطن يخفيها بحيث لو أظهرها لردت به شهادته أو غير ذلك من الكبائر مما لا يقطع باختفائه إلاّ أن يفرض بأن العدل لا يزال يشاهده أبداً وهو من أعظم المشقات، فاقتصر منه على الظن في هذه على العلم. وكذا الغنى والفقر فإن الشهادة ربّما أفضت إلى القطع بأن يراه يجوز بما يعلم أنه له بقرائن الأحوال، وإن جوّز في العقل أن يكون مستخفياً عليه في الباطن، ولكن ربما

كانت قرائن تدفع هذا التجويز في بعض الأوقات. وأما الفقر فهو عدم المال بالوجود مما يُعلَم حساً ومعنى، والعلم المطلق لا يعلم حساً ومعنى، ولكن ربما عمّ أو خصّ بزمن أو مكان أيضاً، فقرائن الأحوال تنضاف لذلك ولكن هذا لا يقع فاقتصر فيه على غلبة الظن دون القطع، ويجوّز العقل أن من عليه خلقان وهو يتسوّل أخفى مالاً لغرض فيه، فإذا تعذر القطع كفى عليه الظن. ولكن المعنى المحصل ما في النفس مختلف باختلاف اللغات وأهل العرف والاصطلاحات، فكل ما اصطلح عليه من كل لغة أنه يحصل للسامع اعتقاد كون المشهود له بالفقر لا يُعْلَم له مال يقضي منه ما فقد لأجله فهي كافية.

واختلف الناس في الفقير والمسكين أيهما أبلغ في الحاجة وفي حقيقة الفقر وعلى ما تُطلق هذه التسمية فلهذا وقع الالتباس فقال: فقير لا نعلم له مالاً وهذه العبارة السديدة، وقولهم في علمي مرادهم كالأول في الاصطلاح. وأما قوله لا أعلم فإنّما قيّد به كون الخبر صدقاً لأنه إن كان له مال صار الخبر كذباً، فإذا قال لا أعلم كان الخبر صدقاً. وأما إيراد اللفظة واشتراطها فهو الذي مرّ به القضاء وهو المشهور في المذهب. كما إذا قال لا أعلمه باعها ولا وهبها، وكقوله لا أعلم له وارثاً سوى فلان، وكذا لا أعلم له مالاً لكن ابن الماجشون مال في هذا الأصل إلى عدم اشتراط العلم فيقول لا وارث له إلاّ فلان لأنه قد يشهد بذلك من لا يعلم حال الميت حيّاً ولا ميّتاً فيكون صادقاً في قوله ذلك إذا علم أنه غير مختبر لحاله فهذا استغنى عن لفظة العلم عنده وهو شاذ، وكذا لا ينبغي أن تقبل هذه اللفظة من الشاهد بالتفقير إلاّ أن يكون ممن اختبر حال الذي فقّره وكشف عن بواطن أمره التي يمكن الكشف عنها، فهو الذي يعتمد عليه.

وسئل عن قاض باع على غائب ربعه في دين ثبتَ عليه بعد فعل الواجب فيه وسجّل على نفسه في البيع وترك تسمية الشهود الذين ثبت بهم الدين وقضى بشهادتهم الدين وفضلت من الثمن فضلة في ذمة المشتري فقام بعض قرابة الغائب فأثبتَ الغيبة واستمرارها وأنهم لا يعلمون له وارثاً سوى هذا القائم إن مات ورغب في نقل المال إليه من ذمة المشتري إلى ذمة الوارث للغائب إن مات، فنظر القاضي في ما سجله القاضي على نفسه قبله ففسخه وحكم بذلك،

فهل يسوغ لهذا القاضي ما فعل أم لا؟ وهل يسوغ نقل المال عن المشتري هذا القائم أم لا؟ وهل ما فعله القاضي الأول حكم ماض أم لا؟ فقد قال بعض من ينتمي للطلب ينقل المال، وقال غيره: يمضي حكم الأول وإن قام الطالب لا مقالة له.

فأجاب عن ذلك بعد خطبة ينعى فيها على من يدعي العلم وليس من أهله ويثني على من اتصف بالعلم حقيقة بأن قال: اختلف العلماء في الحكم على الغائب على ثلاثة أقوال فبعضهم قال لا يحكم عليه جملة من غير تفصيل، وبعضهم قال يمضي عليه جملة وتفصيلاً، وبعضهم قال يحكم في الأموال والرباع دون الاستحقاقات فيها. فإذا أخرنا الحكم فعلى الحاكم أن ينظر له[78 ب] كما ينظر لمن حكم له عليه، ومن النظر له تسمية من حكم بشهادتهم ووضع أسمائهم في الحكم المنعقد بين يديه، وما علمتُ في ذلك عندنا خلافاً يُعتمَدُ عليه. وأما الحاضر فالخلاف عندنا في تسمية الشهود في الحكم موجود كما علمت إلاّ أن الصواب من ذلك أن يرجع إلى حالة الحاكم، وهو ينقسم ثلاثة أقسام: لأنه إما ظاهر العدالة أو الفسق أو مستور. فالأول لا فرق عندي في التسمية وعدمها، والثاني واجب في حقه التسمية لأنه موضع التعقب عليه مع قيام المحكوم عليه، وأما الثالث فله الترك والأحسن عندي التسمية. وأما نقل المال إلى الوارث فهو خطأ ممن فعله وجهل ممن قاله لوجوه ليس هذا موضعها.

وما ذكرتَ من فسخ الحاكم حكم الأول لتركه تسمية الشهود فيه فهو جهل ممن وقع فيه وسجل به عليه وليس هذا مما يلزم الحاكم النظر فيه إلاّ مع قيام المحكوم عليه أو وكيله أو وارثه وبعد استيفاء حُجج من له في ذلك حق. فإن جهل الحاكم وأخطأ نُقض حكمه إجماعاً وردّ إلى ما كان عليه. والمعتمد عليه أنَّ كل أمر ثبوته وإبطاله على اختيار شخص فالحكم فيه بالصحة والإبطال قبل علم ما عند من وقف عليه محال. ولو قدم الغائب فأقر بوقوع الحكم على الصواب لظهر الخطأ في الجواب، ولو ادعى المدفع في ما حكم به عليه لم يبطل لمجرد دعواه الحكم عليه ولا بد من الإعذار إلى غرمائه ومعرفة حججهم، فإن أحضروا وثائقهم المتضمنة لديونهم ووافق كل عقد منها ما نسب الحاكم

ثبوته عنده للقائم بعقود الدين وثبت عند الحاكم الثاني عقود الدين الثابتة عند الأول فليس للقائم الأول كلام، وإن لم يثبت عقد واحد نقض البيع ورد القضاء بعد يمين المبيع عليه، وإن ثبت منها عقد واحد مضى البيع الأول ولا سبيل إلى نقضه لأن ما يوجبه عقد واحد يوجبه جميعها، فإن ثبت من شهودها شاهد واحد حلف القائم به ما شهد شاهده إلاّ بحق ويمين القضاء تقدمت وإن نكل عنها حلف القائم وأخذ منه ما قبض من الدين ولا تعلق على الحكم الأول في هذا الوجه. وأما إن لم توجد الوثائق وصفات الشهود ففي تغريم الحاكم والمحكوم له كلام ليس هذا موضعه.

ومن كلامه: إذا أخبر الحاكم من وقع العلم بخبره فيجعل شاهدين ممن يعرف طرق العلوم ويميّز بين غلبات الظنون والشك والاعتقاد والعلم فيسمعان ممن أخبرهم، فإذا وقع لهما العلم بالخبر شهدا عند الحاكم على القطع وحكم بشهادتهما إذ العلم له طرق والمراد حصوله ممن وقع له، فإذا وقع العلم لسامعه كان معرفة المعلوم على ما هو عليه.

والحكّام الآن لا يباح لهم الحكم بعلمهم بل لو قيل إنّ ذلك ليس فيه خلاف اليوم لما بعد. ولو كنت أبيح لهم الآن الحكم بعلمهم لكان ذلك هو الأحسن عندي، لكن منعهم من الحكم في هذا الوقت هو الحق الصواب.

قلت: وقعت هذه المسألة في هذا الوقت، واختار شيخنا الإمام ما ذكره هذا الشيخ وأجبته إن علم الحاكم هو ما انفرد به دون غيره وشاركه فيه كثيرون. ومن مضمون أخذ العلم بأشبه التعديل والتجريح، بل الذي يرجع فيه إلى علمه بخلاف ما انفرد به، وتقدم طرف من هذه المسألة.

وسئل المازري عمن قامت تطلب زوجها بمؤخر صداقها وعنده ما يباع عليه في الحال إلاّ أن في بيعه في الحال مضرة في الثمن فهل يباع عليه في الحال أو يضرب له من الأجل ما جرت عادة التجار في البيع إليه من غير ضرر على الجميع؟

فأجاب: إذا سأل التلوم في القضاء على حسب ما جرت به العادة التي

يدخل عليها هؤلاء وغيرهم مكن منه، فإذا كان إيجاز البيع عليه من غير تمكين المبتاع ممن يشتريه والبحث عنه ويلحقه متى ترك ذلك بخس وضرر وهو يرتفع[79 أ] بأن يضرب له أمد قريب لا ضرر فيه، فمن حقِّه أن يضرب له ذلك على ما عرف الغرماء في ذلك.

وسئل عمن طلبت زوجها بكالىء صداقها فأنكر ثم صالحته على أن نجّمتْه عليه وكان عنده ما يبيع ويدفعه إليها، ثم طلقها بعد ذلك وباع ما كان عنده وأراد السفر فعقلت عليه عبداً له خيفة السفر دون قضائها.

فأجاب: إن كان سافر سفراً تحلّ النجوم فيه قبل رجوعه فلا يمكّن من السفر حتى يقيم لها كفيلاً بالقضاء وإن كان يقدم قبل النجوم مُكّن وحلف أنه يعود إن اتّهم، وإن صالحته استخراجاً لحقها وادّعت بيّنة وثبتَ جحوده لها فلها مقال في الصلح.

قلت: تقدمت في الاسترعاء وأمّا حلفه أنه اتّهم فخرجها ابن رشد على الخلاف في يمين التهمة، ذكرها في سماع عيسى عن القاسم(1) في رسم إن خرجت من المديان الثالث ومن السلم الثالث من المدونة وفي النكاح الثاني من مسألة فرض النفقة.

وسئل عمن ادّعت على رجل أن أباها كتب في وصيته أنه بعث مع رجل سمّتْهُ مالاً وأنه بعث إليه بكتْب فذكر فيه لأبيها أنه بعث مالاً لأبيها مع المدعى عليه أولاً المذكور، فأبى أن يجيبها إلاّ أن يجب عليه الجواب.

فأجاب: قالت لم أعلم أن لأبي عليه مالاً إلاّ من دعوى أبي عليه في وصيته أو في غير ذلك فعليها إثبات أن أباها قال ذلك ليتوصّل إلى يمينه، فإن لم تثبت الوصية فاليمين عليه، وإن قالت علمت ذلك بحضوري أو بإقراره لزمه اليمين. وأما الجواب عن ذلك فإذا قالت نعلم صحة هذه الدعوى فيجاوب عن ذلك بإقرار أو إنكار ويلزمه.

---

(1) ورد الاسمان في أ و ب اختزالاً: ع ق.

وسئل عمن توفي زوجها فادّعتْ صداقها عليه وأنه ضاع وأقامت بينة أن قدره يليق عشرين ديناراً مرابطية فأقام أحد الورثة شهادة أن أباه كان طلقها ووقع بينهما خصام وراجعها بعد بصداق قليل تجري به عادة الناس، فأقرت المرأة بالمراجعة وادعت أنه كان في ظهر الصداق الضائع وتحلف أني ما قبضتُ ولا أسقطتُ مع شهادة من شهد لي بما يليق.

فأجاب: إذا حلفت على ضياع صداقها وأنها ما قبضت ولا أسقطتْ وأثبتت أن صداقها لا يمكن أقل مما ذكر قضي به إذا لم يقع تأخير الطلب عن المراجعة وهم بعد الطلاق في مراوضته الرجوع، ولها أيضاً الصداق الثاني إذا ثبت العقد الثاني بعد استقصاء الواجب إلاّ إن تكرر الثاني ويقوم بالأول فيقضي لها بالثاني خاصة. ولو أثبتت عقداً ثانياً ومضى من الزمن بعد الطلاق الأول ما لا يمكن عادة السكوت عن طلبه فينظر في ذلك.

قلت: تقدم في أحكام الشعبي عن أبي صالح في امرأة ذهب صداقها لا سيما في أيام الفتَن فتطلب زوجها في الكالي أو تموت فيطلبه ذريتها وقد عرف أنها زوجته ولا بيّنة لها فيقول الزوج: مالها عندي شيء. وقد أفتى مفت بأن لها المثل.

فقال: إذا كان البلد معروفاً بالكالي فمن ادعى من الزوجين ما هو كالي مثلها قُبِل قوله مع يمينه وهي تجري على الاختلاف في أثمان السلع، وصداق المثل في النكاح الفاسد كالبيع الفاسد خاصة. وعن ابن لبابة: يقال للمرأة أقيمي البيّنة على أن زوجها أوجب على نفسه كالياً فإن لم تقم فلا شيء لها إلا يمين الزوج إن كان باقياً. وتقدم لأبي حفص إذا ادعت المرأة في الصداقات التي تحل بالبناء أنها لم تقبض وأن كتابها ضاع وذلك بعد موت الزوج، فإن ادعت ما يشبهه من الصداق فالقول قولها وفي أنّها لم تقبضه وتحلف [79 ب] على ذلك كله وتستحق، وهذا نحو ما تقدم لأبي صالح.

وسئل عمن أثبتت صداقها على زوجها وتوفي من للزوج فيه ميراث ولم يدر هل كان حياً قبل وفاة هذا أم لا؟ ولحقت الزوجة فاقة وأرادت وقف هذا

الميراث بيدها وتنفق منه وتعطي به ضامناً إن لم يستحقه الزوج، فهل يسوغ للقاضي فعل ذلك أم لا؟

فأجاب: إنّما على القاضي وقف ما يجب للزوج حتى يتحقق أمره وموضع الوقف النظر فيه للقاضي فإن رأى وقفه عند من يرجو عوده عليه كان ذلك سائغاً إن كان أهلاً لذلك، وكذا إن كان الضامن أهلاً لذلك جاز لها أخذه بضمانه إياه.

قلت: هذا شبه قوله في كتاب العدة في مسألة موت ولد العبد المعتق في غيبته أحبّ إليّ أن يُدفع لورثة الولد الأحرار بحَمِيلٍ يعطونه لما أرى من أن الأصل العبودية حتى تتبين الحرية. وقوله في ميراث الزوج يوقفه هو على مذهب ابن القاسم، وعلى مذهب الغير في المدونة يقضي منه ديونه يدفع هنا للزوجة بعد إثبات الموجبات. انظرها من الشهادات من ابن يونس وابن رشد.

وسئل: من أوصت لأخيها بوصية ثم توفيت فطعن زوجها في الشهادة بأنها كانت لا تخرج ولا تتصرف فمن حقه استفسار كيف عرفاها وليسا من أهل العلم؟ وقطع الشهيدان بمعرفتها.

فأجاب: إن كان الشاهدان من أهل العدالة وقبول الشهادة فلا يكشفان عمّا شهدا به إذ لم يذكر المتقدمون كشف الشهداء عن شهادتهم إلاّ في الزنا والحدود لحرمة ذلك ولما ورد أن الحدود تدرأ بالشبهات، فخرجت بذلك عن سائر الشهادات.

وسئل عمن اعترف لأبيه أنه كان له أثاث بالأندلس تحصّل من ثمنها مائة دينار وأن أمه أبقته في يده على وجه السلف، وأنها رضيت بذلك ولا براءة له إلاّ بدفعها، وأن جميع ما في داره من أثاث فهو لأمه وذلك كله عند سفره. ثم توفي وقام من يعصّبه فقرئت عليه الوثيقة المذكورة وذكر عدولها فقال: لي في الذي قُرِىءَ عليَّ منفعة وأنا آتي بها، ثم أُحْضر وقرئت عليه مرة أخرى فلم يطعن في الشهود[1] . . . . يسأل المشهود لها عما ينتفع به، فهل يوقف الدين لما ذكر أم لا؟ لتسليمه العدالة.

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصول.

فأجاب: إذا صح إثبات الدين لم يلزم إيقاف الدين لما ذكره إذا كان المدى يطول. وأما كشفها عن الأشياء التي ذكر ولدها أنه بعثها معه وبه استحقت ما أقرّ لها به ولدها لم يكن ذلك عليها. غير أنه إن رأى القاضي أن يستظهر عليها باليمين أن الذي أقر به ولدها لها حق ليس فيه تأجيل فعَلَ ذلك. وأما استفهامها عما قبل إبراء ولدها فلا يلزمها إبراء ولدها منه. وأمّا ما بعد الإبراء فله ذلك ويجيب عنه ويعرف الجواب من طريق التهمة والظن وادعاء المحقق في ما ظهر وقع الجواب عنه.

وسئل عمن قامت تطلب نصيبها في دار وهي مسنّة وقام أخوها الغائب يطلب ذلك فاستظهرت المطلوبة بكتْب تضمن حكم بعض قضاة زويلة ببيع الدار للمفاصلة، والقائمة من جملة البائعين جائزة الأمر حينئذ وقبضت حصتها، فسئلت لِمَ سكتتْ نحو أربع وثلاثين سنة وهي حاضرة والمطلوب كذلك مُوسِر. فأجابت بأنها كانت طفلة حينئذ فلما قدم أخوها من الأسر وكبر ولدها طلبت ذلك، وقد قام الآن أخوها وقال: كنت مأسوراً أو انطلقت منذ ست سنين، وفي ظهر الكتب الشهادة عليه أنه جوّز البيع وقبض الثمن الموقوف له بعد قدومه.

فأجاب: أما الأخ فلا كلام له إذا شُهِد عليه ممن يُقبَل. وكذا المرأة[80 أ] إذا حكم بجواز أمرها وباعت للمفاصلة وثبت على حكم صحيح لا سيما إن لم يُعرف استحقاقها إلاّ بحكم القاضي، وكذا إن لم تقم بينة فلا تمكّن إن سكتت هذه المدة الطويلة بعد رشدها عن طلب ذلك ولم يكن لها عذر، لأنها ادّعت ما تكذبها فيه العادة.

وسئل عمن وجب له اعتقال زوجته في حق له عليها وليس هناك دار أمينة وطلب عقلها بأمينة وهي بأجرة أو تكون داراً أمينة بأجرة، فهل هي على الطالب أو على المطلوبة؟لقوله إنها لدّت وقد ضرب لها شهر لاستقصاء منافعها ولم تطلب هي الأجل لرد أمنها.

فأجاب: أجرة الأمينة إذا لم يكن اعتقالها إلاّ بها على الطالب لأنه المنتفع

بذلك إلاّ أن يتوجه عليها الحق وعليها ضامن ولدّت بتركه لخسارة الطالب الأجرة فهي عليها حينئذ.

قلت: وكذا وقع النص في أجرة الأعوان التفرقة بين أن يلد المطلوب أم لا؟ ولها أصل وهو الخلاف في أجرة المقتضي على من تكون، ومثله أجرة الكيل وسقي الثمرة وجناؤها وقلع الحلية وإزالة العمود في كتاب الغرر ونحو ذلك، انظرها من تبصرة اللخمي في ذلك الكتاب.

وسئل عمن شهد على وفاة امرأة وأنه ورثها زوجها وإخوتها غير أن بعض الشهود ذكروا أنهم يعرفون لها ولدين لا يُدريان ماتا قبلها أو بعدها وهما من هذا الزوج، وطلب الزوج يمين الإخوة أنهم لا يعرفون ولدي المرأة ماتا بعدها، فهل تلزمهم يمين أم لا؟

فأجاب: إذا لم يسمعا بتوريثهم من أمهم وأيِس من علم ذلك فللزوج تحليف الإخوة على علمهم إن حقق عليهم الدعوى أنهم يعلمون إذا اتّهمهم بالعلم وهم ممن تليق بهم التهمة.

وسئل المازري عمن قال: أرادت فلانة تستعدي على أخيها فلاناً القائدَ فبلغها ذلك فحلفت لا تترك حقها في هذا الكلام فشهد عليها شاهدان بهذا فقال: إنّما قلت أرادت تستعدي على أخيها فلان بالقائد وشهد شاهد أخيها أنه قال: كسرت على أختي وما رددتها إلاّ من قرب دار القائد، فهل يؤدب القائل بهذا أم لا؟

فأجاب: لا يلزم القائل بمثل هذا عقوبة إذا كانت من يليق بها الاستعداء على مثله، والاستعداء بالسلطان وأعوانه كثير في الناس وربما ضعفت القضاة عن إقامة الحقوق فيرون أن لا ينتصروا إلاّ بالسلطان. فإذا كانت بحال ما ذكرنا ولم يكن من قرائن الأحوال ما يقتضي أنه رمز إلى مكروه تفعله مع القائد فالحكم ما ذكرنا.

وسئل عمن توفيت وخلفت زوجها وبيت المال وشهدت امرأتان أن زوجها عنده من رحلها أكثر مما أظهر، فهل يحلف الزوج على ما زاد على ما أظهر أم لا؟

فأجاب: إذا ثبت ما ذكرت فلمتولّي أمور المسلمين الذي يصرف ذلك في وجهه تحليف الزوج على بقية ما شهدت به المرأتان.

وسئل عمن عقد النكاح على امرأة لها أب وشرط الصداق والعقد على أبي الزوج فبعد مدة أراد الدخول بها فقال أبوها: شرطت على أبي الزوج أن دخول ابنتي عندي حتى تستأنس به ويحسن أدبها فحينئذ ينتقل بها، وكان هذا قبل عقد الزواج وشهدتْ عليه بيّنة بذلك، وأنه أخبر الزوج حينئذ بذلك، وعمر البنت الآن في قول أبيها عشر سنين وقول الزوج ثلاث عشرة سنة، فهل يثبت هذا الشرط ببينة أم لا؟ وإذا لم يثبت فهل يحلف الأب أو الابن؟

فأجاب: أما عقد الأب على الابن المذكور الشرط المذكور فغير لازم وإن شرط على الزوج فإن كان فيه منفعة للبنت من التأنس وحسن الأدب حتى تعرف ملاقاة الرجال[80 ب] وأداء حقّه وتحسين أخلاقها فهو شرط لازم إن أقرّ به الزوج وإن أنكر لزمته اليمين أو يردها على الأب ويثبت الشرط.

وسئل عن وصية زوّجتْ ابنتها فبعد دخول زوجها بها بثلاثة أشهر خاصمها الزوج ببيان التركة وخاصمته بأسباب ذلك فمشت إليه مع زوجها وبيده شرح التركة ووثائقها بها ومع زوج الابنة ابنه وقرابته فدخلت الدار لتنظر في الرجل ثم خرجت تبكي ثم ذكرت أن الزوج وقرابته ضربوها وأخذوا الوثائق من يد زوجها وهو معها، فهل يحلفون على ذلك أم لا؟

فأجاب: إذا ادعت أنهم أخذوا الوثائق عليه من يد زوجها بحضرتها وضربها ولها في الوثائق منفعة وتلحقها مضرة وخسارة إن فقدت فلها تحليفهم على ذلك.

وسئل عن وكيل في مركب زعم جماعة من الركاب أنهم اكتروا منه وأنهم دفعوا إليه ومعهم رقاع بذلك وزعموا أنها بخطه، وأنكر هو جميع ما ذكر من عقد وقبضٍ وأراد أن يحلفهم يميناً واحدة وطلبوا هم لكل واحد يمين؟

فأجاب: يحلف لكل واحد يميناً يختصّ به وليس له جميع الأيمان في

يمين واحدة لأن ذلك للرجل الواحد يحلف على حقوق كثيرة وهؤلاء كل واحد له حق بدعوى تخصّه فلا مدخل معه بطلب يمين ولا سقوطها ولا اقتضائها ولا خلاف في المذهب في هذا.

وأجاب عن امرأة غاب عنها زوجها وأثبتت النفقة عليه ونودي على بيع عُلُو في النفقة وحلفت اليمين المشهورة وتأخر البيع عن وقت اليمين بأن تحسب النفقة من يوم اليمين لا من يوم بيع ما يُباع للنفقة.

وسئل عمن توفي بالمهدية وترك بها ابنة صغيرة وأثاثاً قدر أربعة دنانير وترك بقفصة أولاداً أربعة واحتاجت الطفلة، فهل يباع هذا الأثاث ويعطى ذلك على المحاسبة أم لا؟

فأجاب بيع الحوائج يجوز إذا تعذّر الإعذار للغائب ولحق الحاضر مضرّة بانتظار الإعذار ولو لم يكن ضرر لقربه فلا يمضي البيع لاحتمال أن يختار الشريك ردّ الكل إليه. وإذا توجّه البيع فلا يدفع جميع الثمن لاحتمال نقص الرباع أو يحول بينها وبينهم حائل فيرجع جميع حقهم في الحاضر، ولكن يعطى نصيبها وتوقف النفقة في ذمتها أو في ذمة من يوثَق به إن وجد ذلك.

وسئل عن صحيفة وقعت بخط القاضي[1] ما نصها «حلف محمد بن أبي بكر الخلّال وأمة العزيز أخته على مهر أمها خديجة على أبيها المذكور وهو كذا كما تجب اليمين وحيث تجب، وكتب القاضي فلان ووقع هذا المكتوب بخط قاضٍ آخر، فهل يكون كحكم نفذ ولا تُعاد اليمين؟ أو يكون كالمحاضر التي يُستأنف الحكم فيها؟

فأجاب: إنّما لا ينظر القاضي الثاني في أمر أنفذه الأول وأخبر أنه حكم به، وهذا اللفظ ليس فيه تصريح أنه حكم باليمين والإبراء منها ولأنه أمر بها، ومن الممكن أن يكون كتب هذا بيد المقرّ له لأن الرقعة غير مؤرخة. ويمكن أن يكون سأله بعد العزلة سائل عما جرى فأخبر به إمّا على وجه الشهادة أو ليرفع

(1) كلمة غير مقروءة بالأصول.

تنازعاً فيه بين مختلفين أو غير ذلك من الأغراض. ولا ذكر أيضاً من الذي حلّف محمداً هل حلّفه هو أو غيره من الحكام. وإذا كان ما قلناه من الممكن غير المحال عادة لم يسقط به ما يجب عند القاضي الثاني من يمين.

قلت: تقدمت مسألة إذا شهد الشهود عند القاضي ثم عزل هو أو هم أو مات هو. من كلام المازري وما يتعلق به. وهذه المسألة أضعف من تلك في لزوم الحكم بها إذ لم يثبت أنها وقعت بين يديه في غير النازلة ثم طرأ العذر بها بخلاف المسألة الأولى [81 أ] والله أعلم.

وسئل عمن توفي وهو غائب وترك ربعاً وزوجة وأولاداً صغاراً وطلبت الزوجة مهرها فسلم لها عامة الموضع الربع لها في مهرها بغير نداء ولا تعريف ولا حكم، فكبر الأولاد وطلبوا حقوقهم من الربع فمنعتهم المرأة بحق ما ذكرنا.

فأجاب: إذا لم يكن بالموضع حاكم واجتمع وجوه الموضع وعدوله وأشادوا الموضع وطلبوا الزيادة، أو لم يُشيدوه ولكن قوّموه بقيمة مستوفاة بحيث لا تمكن فيه الزيادة لو شِيدَ فهو ماض ولا مال للورثة، ولو لم يكن شيء من ذلك فلهم القيام واسترداده من يدها ويقضى منه ديونه ويقسمون ما بقي بعد تقاضي الدين.

وسئل ابن شعيب عمن باع متاعاً بثمن إلى أجل ثم اعترف بعد حلول الأجل أنه لفلان ثم مات المديان فقام المقرّ له فطلب ثمن المتاع من تركته والوارث محجور، فهل يحلف يمين القضاء البائعان أو المقر له الجميع؟

فأجاب: للقائم عن الغريم أن يحلّف البائعين لتمكنهما من الثمن بمقتضى العقد إن كان البيع لأنفسهما أو بحلول أجل الثمن بمقتضى الوكالة إن كان البيع لغيرهما إلاّ أن يثبتا معرفة الغريم بالوكالة قبل ذلك فلا يمين عليهما لأن الغريم حين الدفع لهما عالم بإنهاء وكالتهما وأنّ قبض الثمن الواجب في الذمة لغيرهما. فإن نكلا عن اليمين غرما الثمن للمقرّ له باعترافهما له بأصله بعد استحقاقهما لقبضه. وليس هذا من باب اليمين يستحق الغير لثبوت أسبابهما قبل

اعترافهما بالملك للغير. وهذا المقر له يحلف أيضاً إن ادّعى القائم أنه قبض من الغريم بعد معرفته بالوكالة وأتى على ذلك بوجه يشبه عند الحاكم أو يدعي ذلك عليه البائعان على الوجه المذكور فلا يستحق المقر له ذلك إلاّ بيمين في الوجهين.

وسئل شيخنا الإمام عن قاضٍ أخّرَ شاهداً عن الشهادة بعد استمراره عليها فأتى غيره من القضاة فردّ الشاهد إلى شهادته واستمر عليها وقدم أخا الشاهد المذكور لما ثبت عنده من عدالته، ولم يزل الأخوان على حالة العدالة إلى أن أتى قاضٍ آخر وأمضى شهادتهما في حياتهما وبعد وفاة من مات منهما وهما بحالة العدالة أمضى آخر شهادتهما بعد وفاتهما وهما بحال العدالة واستمر زماناً ثم ولي الأول الذي أخر أحد الأخوين فلم يعمل على شهادتهما وبطلت حقوق كثيرة للناس لأجل ذلك، ثم أخر القاضي المذكور وولي غيره فهل تمضي شهادتهما لموتهما على العدالة ولم يجرّحْهما أحد من القضاة عدا مَن ذُكر أو يتوقف في شهادتهما؟ والسلام.

فأجاب: يجب على من له الحكم الشرعي الآن البحث عن حالهما فإن تحصل على جرحة أو عدالة بنى عليها وإن لم يتحصل له شيء أمضى شهادتهما.

قلت: إنّما اختار البحث لغلبة الهوى على القضاة في هذا الوقت وإلاّ فالرواية: إذا تقادمتْ جرحة الشهادة وكانت ثابتة عند القاضي ومضى لها أشهر ثم أتاه من زكّاه بعد ذلك أنه يقبله ويحمل على انتقال حاله إلى خير.

وسئل شيخنا أبو القاسم أحمد الغبريني ـ رحمه الله ـ عن محضر نسخته: بعد أن توفيت فاطمة بنت عبد الله بن محمد بن الحسن وورثها بعلها يحيى ابن فلان وبنوها عبد الله وعيسى وعائشة ومن غيره مريم بنت فلان، وكانت المتوفاة باعت نصيبها من جنة تركها والدها بعين تشيشة خارج بسكرة[1] مشهورة هناك ونصيبها على الإشاعة مع البائعين منها ورثة عمها وأختها مريم . فقام أبو

---

(1) عين تشيشة خارج بسكرة.

مريم[81 ب] وطلب في حق محجورته عند أهل الفضل والصلاح والدين الناظرين في الحكم الشرعي ببسكرة حين التاريخ لعدم القاضي بها، فادعى أن بيعها غير جائز لحجرها وسفاهتها في البيع. وسأل الجماعة أن تبيح له إثبات البيع مدعاه، فأباحت له ذلك فأثبت رسماً يقتضي التقديم عليها والحجر في مالها والقبض على يدها بشهيدين، وأثبت آخر ببينة أن الناظر عليها والمقدم توفي ولم يطلقها من الحجر ولا عُلِم أن أحداً بعده من القضاة أطلقها إلى أن باعت النصيب لمن ذكر بشهادة أربعة، وثبت الرسمان عند الجماعة ثبوتاً تاماً كما يجب. فتشاور الجماعة بينهم وشاوروا من وثقوا به من أهل العلم فاتفق رأي الجماعة على فسخ البيع ونقضه، واعتمدت على ما نقله الجزيري في وثائقه: أنّ الذي جرى عليه العمل في مثل هذا رد البيع ونقضه، وأنّ حكم من هو في الولاية لا يجوز بيعه ولا شراؤه ولا شيء من أفعاله واعتضدت بفتيا يحيى البراء: أن البيع مردود والعمل على نقضه وإبطاله ولو طال الزمان وأن الثمن إن صرفه البائع في منافعه ومصالحه فعلى ورثة المحجور استرجاعه على المشتري، وإن لم يثبت ذلك فلا شيء له. فصرّحت برد البيع ونقضه وإبطاله اعتماداً على ما ذكر من النقل والفتيا وأشهدتُ بحَلِّه وفسخه وفسخ ما كان عقده الأخير من الأخوين في المبيع من تحبيس عند موته للجامع الأعظم ومسجد أبي سعادة والفقراء، واستردت ذلك على ورثة فاطمة المذكورة لتوجه موجب ذلك عندهم. وطولع في ذلك الشيخ أبو يعقوب الناظر في الأمور السلطانية جملة لا تفصيلاً بالتفويض له في ذلك كما يجب ببسكرة وعملها في عمل شهوده. ولما ثبت عنده جميع ما ذكر وأن البيع لا يجوز على القول المشهور فأجاز فعل الجماعة وسوغه وارتضاه بعد أن شاور من ارتضاه من العلماء وأرْجأ الحجة هو والجماعة لمن يقوم بإثبات ما عسى أن يصح البيع به، شهد بذلك من علم أهليـة الجماعة لما نسب إليها، وأن الشيخ أبا يعقوب هو رأس الجماعة والإذن له في ذلك من الجانب السلطاني، والإذن منه للجماعة، وأشهده الجماعة بثبوت ما ذكر ثبوته وأشهده أبو يعقوب بإمضاء الحكم وتنفيذه والقضاء به والعمل عليه، بتاريخ السؤال. تتأملون من الرسم المقيّد فوق هذا والحكم

هل له متعقِّب لمتعقب إذ لا قائم فيه عن الحبس ولا إعذار، فهل يبطل حكم الجماعة أم لا؟

وتحته: «نظرت السؤال المقيّد فوق هذا وتأملتُه فبيع المحجور الذي مات حاجره وطال زمانه وتصرف بالبيع وغيره هل ترد أفعاله أو تمضي؟ اختلف المذهب فيها، والمشهور من المذهب الذي عليه مالك وجلّ أصحابه ردّها. واختلف المذهب أيضاً على قولين هل يرد بيع المحجور بعد موته وإن كان حاجره حياً أو لا يرد؟ والخلاف في المسألة في الوجهين فإن الحاجر والمحجور توفيا لكن لمّا فعلتْ الجماعة ما فعلتْ من الحكم يردّ البيع ورُدّ ما ترتّب من تحبيس قامت في ذلك مقام القاضي مع أنّ من صرف إليه الإمام النظر في الموضع وجهاته من الأمور الشرعية وغيرها أمضي ذلك وأنفذه فقد مضى الحكم في ذلك ونفذ ولا يعقب في ذلك الحكم لأن مسائل الخلاف إذا حكم الحاكم يقول قائل فيها من العلماء لايجوز نقضه إجماعاً، فكيف من حكم بالقول المشهور الذي عليه مالك وجلّ أصحابه. وأما الإعذار فليس هناك[82 أ] معين يعذر إليه وتبقى الحجة لمن يقوم يوماً في حق الحبس أو في حق صغير ورث شيئاً من ذلك المبيع، ولا يجعل القاضي ولا غيره وكيلاً يعذر إليه في حق الغائب البعيد الغيبة جداً ولا في حق طفل. هذا هو قول ابن القاسم في المدونة وحكاه عنه أصبغ في الواضحة. وقال أصبغ: إنّما يقيم عليه القاضي وكيلاً ينظر في جميع أموره، يريد على الطفل، وأما على خصومة معينة فلا».

وتحته «سيدي ـ رضي الله عنكم ـ تتأملون من التسجيل على الجماعة ومن الحكم الواقع فيه ومن السؤال والجواب وقول المفتي إن هذا الحكم لا يفتقر إلى إعذار، إذ الذي يعذر إليه غير معين ولا متعدد، فتجاوبونا بما يقتضيه نظركم السديد، والسلام.

فأجاب: الحمد لله الجواب فوقه صحيح ويوافق عليه لصحته علي بن محمد الصرصري، والسلام.

ولقد أجاب الفقيه في جوابه بارك الله فيه. نعم لو لم يجز الناظر في

الأحكام السلطانية فعل الجماعة لكان فعلها غير جائز وليس نعذر القاضي في ذلك الوقت الذي طلب الرجل المذكور من الجماعة النظر له في ما ذكر بالذي يجعل الجماعة تقوم مقام السلطان حيث لا يكون هناك سلطان على الإطلاق. وكتب الصرصري المذكور.

وتحت سؤال شيخنا المذكور الذي أجاب عنه: مستحق هذه الجنة لابنته من أهل العافية ينتمي إلى الخير ويتّقي الشبهة، ودعوى أنه تبين أخذ هذه الجنة بغير واجب شرعي وأنه غاصب في أخذها لمن كانت بيده ويريد قطع الشك باتفاق علماء العصر على ما بيده فمتفقون على التسجيل على الجماعة وعلى السؤالين والجوابين عنها. فإن وافقتم على ذلك قويت كلمته واشتدت شكيمته وغلبت حجته، وإن ظهر لكم خلاف ذلك فالرجوع إلى الحق خير من التمادي على الباطل، فمتاع الدنيا قليل فيجاوبونا بما يقتضيه نظركم السديد وتشبعون القول في ذلك، فإن البلد الذي وقعت فيه المسألة خال من العلم ومن أهله ومن القاضي مع شره لأهله من يستحق الجنة وحقه عليه متعين.

فأجاب: تأملت الرسم المقيد أوّلاً فوق هذا الحكم المذكور فيه فلم أجد إعذاراً للمشتري من فاطمة بنت عبد الله ولا لبقية ورثة البائعة، ولا بد من الإعذار إليهم ليرى ما عندهم من كونهم لا مدفع لهم في الشهود ولا في ما شهدوا به عندهم فيهما أو في أحدهما مدفع. وذكر في السؤال فوقه يليه أن البلد الذي وقعت فيه المسألة خال من العلم وأهله وذكر في الأعلى ما نصه «قام عبد الرحمن بن إسماعيل المذكور نائباً عن ابنته مريم المذكورة التي في حجره وعند ولاية نظره عند جماعة المسلمين أهل الفصل والعلم والدين والصلاح فكيف يتم هذا إلاّ أن يزعم زاعم أن الزمان مختلف فيها لأن أحد شروط التناقض اتحاد الزمان فعسى به أن يكون عذراً، والله أعلم.

وسئل أيضاً عن نسختيْ رسم الأول يعرف شهوده فلاناً وفلاناً ابني فلان معرفة صحيحة تامة ويعلمون بأن الشهادة التي شهدت عليهما في عام ثلاثة وسبعمائة توجب رفع أيديهما عن الشهادة، إنّما كان ذلك من كل من شهد به

لأمر دنيوي لا لجرحة ظهرت منهما وأنهما باقيان على العدالة وقبول الشهادة شرعاً إلى أن توفيا، فمن علم ذلك وتحققه وأن الشهادة إنّما كانت لأمر دنيوي قيد على شهادته لسائلها بتاريخ كذا وشهود أولاد الشهود الذين شهدوا على الرجلين بما يوجب رفع أيديهما. والرسم الثاني يقول من يتسمى بعد كتب في متقدم تاريخه: شهدت على فلان ابن فلان شهادات مؤدية له في الغرض[82 ب] والدين وكان الموجب لذلك إكراه فلان وفلان لي على ذلك وحملاني عليه بالقهر والغلبة، لعداوة كانت بينهما وبين فلان المذكور فأسعفتهما بمرادهما تقية منهما وخوفاً على نفسي من أذيتهما وشرهما وخشية مما يوقعاني فيه كما فعلاه بالمذكور. وإني راجع عن كل شهادة تقدمت لي على فلان المذكور ومعتقد بطلانها إذ لا أعلم من فلان إلاّ عكس ما نُسب إليه ورُمِيَ به وشهد عليه. وأعلم مع ذلك أن جميع ما شهدت عليه به بشيء يؤذيه مما تقدم تاريخه فإنّما هو على وجه الإكراه وقع ذلك أن جميع ما شهدت عليه منه كما ذكر وعلى وجه المنافسة والحسد والتعصب على فلان المذكور. فمن علم ما ذكر علمه قيد بذلك شهادته بتاريخ شهوده الذين شهدوا في الرسم الأعلى وتحته متصل به: يعرف شهوده فلاناً ابن فلان معرفة صحيحة تامة ويعلمونه عدلاً رِضًى في أقواله وأفعاله ممن تجوز شهادته بين المسلمين ويقضى الحكم بها على هذه الحالة عرفوه وبها خبروه فمن علم ذلك وتحققه قيّد شهادته بتاريخ شهوده الذين شهدوا في الرسمين الأعليين وبعده أسفله عند ثبوت الرسم المعين أعلى هذا الرسم[1] ببينة عند أهل الفضل والعلم والدين والمناظرة في الأحكام الشرعية ببسكرة الثبوت التام واستقل باستقلاله كما يجب شرعاً استخرتُ الله تعالى وسألتُه التوفيق، وقدمت فلاناً للشهادة بين المسلمين تقديماً صحيحاً تاماً أقمته في ذلك مقام العلم أن الله يراه ويطلع على سره ونجواه، وشهد على إشهاد الجماعة المذكورة بما فيه عنها من أشهدته به على نفسها وعلم الإذن من الشيخ أبي يعقوب بن مزين للجماعة المذكورة بذلك كله إذ هو رأس الجماعة بإذن من جعل له الأمر الحاجب السلطاني الفارسي. وذلك بتاريخ وشهود التزكية.

---

(1) أربع جمل سقطت من أ.

وتحته: في رجل كان يمنع أولاده من القراءة فيلام على ذلك فيقول أخشى عليهم ما لحقني ولحق أبي وعمي وجدي قبلنا من أهل البلد. فلما توفي الرجل تعلق بعض الولد بطرف من الطلب واشتاقت نفسه لخطة آبائه ومنعه من طلب ذلك، وسأل عنه سائر أهل البلد وعمومه فكل يقول الحسد والمنافسة جرى على أبيك وعمك لعلمهما وجهل من تعصّب عليهما. فاقتضى نظره أن كتب الرسم الأعلى وأشهد له فيه بنو الشهود الذين شهدوا على أبيه وعمه بما يوجب رفع أيديهما، ورفعوا الشهادة إلى من كان يقضي بين الناس في البلد إذ ذاك، ولما ثبت الرسم المذكور وخوطب فيه راجع من بقي من الشهود حياً وهو فلان وكان من الحالة والجهالة بمكانة وطلبه بإحضار الرسوم المذكورة التي عنده فأحضرت فلم يلق فيها جرحة معيّنة ولا في التسجيل إعذار للمشهود عليهما، فأثبت الولد المذكور أن الشهود المذكورين ممن لا يجرح مجملاً لقلة علمهم وجهلهم، وسأل كبيرهم هذا عن فرائض الوضوء في مجلس الحاكم المذكور فما عرف ما يقول وثبت أنهم كانوا[1]. . . . بشهادة الشهود عليهما بعد موتهما والعداوة التي كانت بين الأسلاف وأن القاضي كان جاهلاً بالأحكام وأنه كان يسكن داراً مغصوبة ويأخذ مرتبه من المكس ويقبل الرشى. ولما ثبت ذلك كله عند الحاكم المذكور سجل على نفسه بإبطال ما استظهر به الرجل المشار إليه، وحكم بنقضه ووعظه وزجره فاعترف أن ذلك إنّما كان لأمر دنيوي. ولما استقل رسم التسجيل بالخطاب عليه أظهره الابن وشهره فندم شهود الرسم الأعلى على تكذيب آبائهم وإبطالهم لشهادتهم[83 أ] عليهم بالزور وأنفوا على ذلك، وكان أشد الناس على الرجل في ذلك صاحب البلد، فاقتضى نظر الشهود أعني شهود الرسم الأعلى الذين كذبوا آبائهم إن دخلوا على الحكم الذي وقع التسجيل عنده أن يسترد التسجيل من الرجل ليقع الستر على آبائهم فامتنع فسجن وتُوُعِّد وهو مع ذلك متمنع من رد التسجيل، فاجتمعوا وكتبوا عليه ما لا يكتب على أبي جهل وفرعون وضيّقوا عليه ولا وجد ناصراً ولا من يقف معه للحق، فخرج لبجاية وبقي فيها. ثم استدعاه صاحب البلد فرجع فلما كان عام خمسة

(1) بياض بمقدار كلمة في جميع الأصول.

وستين وقع الوباء فجاءته تلك الشهود تطلبه في المحالة فامتنع فقالوا: رجعنا عن الشهادة التي شهدنا عليك، فشهدوا له بما تضمنه الرسم المكتتب تحت الرسم الأعلى، ثم انقرض الشهود الذين شهدوا في تلك السنة فما بقي أحد منهم فقام من أبنائهم وشهدوا بتزكية الرجل ووقع تقرير الجماعة له حسبما ذلك في الرسميْن المقيّديْن فوق هذا.

ثم إن صاحب البلد سجنه سبعة أعوام من غير أن يتعيّن عليه لله ولا لمسلم ولا لذمّيّ إلى أن مات صاحب البلد وبقي في السجن بعد موته سبعة أشهر ثم أخرجه ولد من كان سجَنَه وجمع الشهود وقال: اشهدوا أني قد رفعت يده عن الشهادة. ثم جاء رجل من بطانة صاحب البلد للرجل المذكور فقال له: إنّما أخرجتك تخفيفاً على أخي حتى يخرج من سجنه ثم يردك إلى السجن ففرّ الرجل وجعلهم كتبوا عليه سجلاً، فهل تجوز شهادة شهود البلد على هذا الرجل المسكين وهم أعداء بنو أعداء أو على أحد من أقاربه؟ وهل يجوز لهذا الولد رفع يد هذا الرجل عن الشهادة على هذا الوجه؟ والسلام.

فأجاب: قوله في الرسم الأول: ويعلمون أن الشهادة التي شهدت عليها في عام كذا توجب رفع أيديهما عن الشهادة إنّما كان ذلك من كل ما شهد به لأمر دنيوي لا بجرحة ظاهرة منهما، لا يُنتفع به ولا يفيد حتى يقولوا باعترافهم وإقرارهم لنا بذلك، وإلاّ فمن أين شهدوا أنه لا بجرحة ظهرت منهما؟ وقُصاراهما أن هؤلاء شهدوا بما يوجب رفع أيديهما ولا يوجب رفع أيديهما إلاّ بموجب شرعي وهم نفَوْها بقولهم لا بجرحة، والمجرح أولى من المعدل، والمثبِت أولى من النافي، ومَن علم حجةٌ على مَن لم يعلم.

وقوله: من كل من شهد به ولم يسمّهم ولو سماهم لكان أتمّ وأكمل للإعذار. وقوله في الرسم الثاني: يقول من يتسمّى بعد: كنتُ شهدتُ على فلان ابن فلان شهادات مؤذية له في العرض والدين والنفس وكان الموجب لذلك إكراه فلان وفلان لي على ذلك وحملوني عليها بالقهر والغلبة إلى آخره، فهؤلاء شهود اعترفوا على أنفسهم بالجرحة بشهادة الزور فلا تقبل لهم شهادة في شيء

لا في هذا ولا في غيره، والعذر الذي اعتذروا به غير نافع لهم، لأن الإكراه على حقوق الغير لا ينفع بغير خلاف ولا يعذر به أحد. وقد حكى القاضي ابن رشد في البيان في بعض كتاب الأيمان بالطلاق أن ما يتعلق به حق المخلوق فلا اختلاف أن الإكراه غير نافع فيه.

وقوله في الرسم الثالث: على هذه الحالة عرفوه وبها خبروه ولم ينتقل عنها في علمهم ولا تبدل سواها إلى حين إيقاعهم لشهادتهم في تاريخها، إذ لعلهم عرفوه بها وخبروه في عام ستين مثلاً ويكون تاريخ شهادتهم في عام سبعين، وشهادة العدو عداوةً بسبب الدنيا لا تجوز على عدوه ولا على ولده ولا على أبيه. ورفع يد الشاهد بغير موجب شرعي يوجب رفعها لا يجوز.

وسألت شيخنا الإمام ابن عرفة ـ رحمه الله ـ عن مسألة وقعت بالقيروان هو: جوابكم في قاضي عمالة سافر إلى غيرها وقد كان المقام العليّ أذن له في النيابة [83 ب] عنه في عمله خلال ما يرجع إليه فسافر القاضي المذكور ولم يستنب. وقد كان أيضاً بدأ بالحكم في قضية تدمية بشهادة عدول ولم يكملها، فرغب بعد سفره المذكور أهل القضية المذكورة في الاستنابة فيها حتى تكمل، فهل يا سيدي يسوغ له ذلك لكون ذلك كحكمه بغير علمه؟ وكيف إن سوغتم له الإذن فهل يكفي خطه لمن استنابه وعينه لذلك أم لا بد من الإشهاد عليه في الاستنابة المذكورة بغير عمالته؟ فإذا استناب على أحد الوجهين وقد كان شهد عنده العدول في التدمية المذكورة، ومن فصولها أنهم يعلمون الميت المذكور بريئاً من الجرح المذكور إلى أن مات فشهد عند النائب عنه شهود استرعاء زكاهم عدول بأن الميت المذكور مات عن صحة بينة ليس من جرح بحال، فهل يعمل على هذه الثانية لكونها أثبتت غير ما ذكرته الأولى، وإن كانت الأولى أعدل أم لا؟ فإن عمل على الثانية فهل يلزم المدعى عليه المذكور أدبٌ أو يسرّح؟ وإن حكم بأدبه فهل يلغى ما مضى من سجنه وله اليوم قريب من ثلاثة أشهر مصفد في الحديد أم لا يكفي؟ افْتِنا ما الجواب في ذلك؟ والسلام.

فأجاب: الاستنابة المذكورة صحيحة عاملة لا يدخلها الخلاف الحاصل

من نقل ابن سهل لأن سماع البينة أقرب للحكم من مجرد الاستنابة. ويقوم جوازها من مسألة العريش من المدونة. وثبوتها بمجرد الشهادة على خطه تام، وثبوت البينة بالصحة المذكورة يسقط حد الضرب والحبس، وتقم حبسه المذكور كافٍ في أدبه، والله أعلم.

قلت: مسألة العريش في الرواجل إذا عز من عثار الدابة فعطب الرهن بالعريش[1] وقد اكتراها من مصر ذاهباً لفلسطين فضمنه ابن القاسم بالعريش وكان الآن وقع الغرور وضمنه الغير بمصر لأنه ابتدأ سبب العداء. وهذه جارية على هذا المعنى، هل الإذن كان في بلد التقويم أو في البلد الذي وقع فيه الإذن وهو معزول عن ذلك؟ فتأمله.

وسئل شيخنا المذكور عمن غاب غيبة انقطاع فتوفيت زوجته في غيبته فورثها هو وعاصبها، فقدم له النظر في الأحكام رجلاً يفاصل عن الغائب في تركة زوجته ففاصل عنه وقبض له مالاً عيناً، فعمد إليه الوالي بعد مدة فسجنه وطلب منه زكاة المال وغرم دنانير عن إيقافه فدفع له سبعة دنانير عن جميع ذلك، وشهد له بذلك شهود منهم من عيّن ما أخذ عن الزكاة وما أخذ عن الإيقاف، ومنهم من لم يعيّن. فقدم الغائب وطلب موروثه وامتنع من غرم ما دفع بسببه، فهل يكون حكم ما أخذ عن الإيقاف كما أخذ عن الزكاة؟ وفي زكاة العين الموقوف للغائب ما احتوى عليه كريم علمكم، وإن حكم بتساويهما أو تفرّقهما في الحكم فهل يكون غرم ذلك على الموقوف تحت يده متاع؟ وفسره ابن رشد بعدم علم صاحب المتاع ويدخله القول الثاني الذي حكاه ابن رشد أو يكون الغرم على صاحب المال لأنه وإن لم يعلم بموضع الإيقاف والموقوف عند ذلك معلوم عنده فيلزمه كما قال ابن رشد في الوديعة إنه لا ينبغي أن تختلف مع علم صاحب المتاع مع أن الإيقاف هنا غير شهير. وكيف إن لم يزكَّ إلاّ من شهد بعدم التعيين؟ فكيف نقص الدنانير على الزكاة والإيقاف؟

فأجاب: كان من يعتد بعلمه ودينه يقضي بتونس بغرم مَن وقف له مال ما

---

(1) كذا وردت الجملة مضطربة في جميع الأصول.

غرم عنه منه في المسمّى بالوقف إذا شهدت البينة بدفعه لمن جعل الأمير دفعه إليه دون أن يكلف البينة تعيين كون المدفوع من عين المال الموقوف، وهو في ما سمّي زكاة أخرى. فأرى أن يقضي عن الموقوف له المال بغرم ما غرم عنه بالبينة المذكورة [84 أ] فإن لم تعين ما ذكر عدم تعيينه، والله أعلم.

قلت: كان يتقدم لنا في درسه على مسألة إن ارتهنتَ أرضاً فأخذ منك السلطان خراجها لم ترجع به على الراهن إلاّ أن يكون ذلك الخراج حقاً وإلاّ فلا، لأن من دفع إيقاف الميراث من عند نفسه أنه لا يرجع به ولو كان من التركة. وكان ابن عبد السلام يحكم برجوع الوارث فيه، ولعله القاضي الذي أشار إليه في الجواب، قال: وحكم القاضي أبو إسحاق بن عبد الرفيع إذا أجْبر من عليه دين لرجل على دفعه للوالي عن الطالب الهارب ببراءة ذمة الغريم.

ونحوه ما سئل بعضهم عن مقدم على أيتام بيده أملاك لهم فيغرم عليهم المظالم التي على أملاكهم ولا يلزمهم بالشرع فإنه لا يلزم المقدم شيء ويحاسبهم بما أعطى عنهم من ذلك. وهو لسحنون في النوازل. ومنعه ما يدفع من المغارم المسماة بالفوائد فكان شيخنا الفقيه يلزمها المبضع والمقارض لأنه مدخول عليها معتادة وتحسب في رأس المال في المحاسبة.

قلت: والمسألة الأولى تجري عندي على مسألة من فدى متاع الرجل من أيدي اللصوص، وفيها خلاف مشهور، أو فكه منهم خشية على عذابه، وهي مشهورة.

ومن هذه المسألة إذا قيستْ أرض الجزاء بتونس قياساً صحيحاً فوجدت تزيد فرجع على من هي بيده بالإنزال في الزائد وجزائه في الماضي. قال شبخنا: والصواب الرجوع بذلك إذا ثبتت الزيادة بقياس صحيح.

قلت: وهو نحو مسألة ملحقة اليتيم في كتاب الإجارة في صفة التراجع.

وسئل ابن محرز عمن كان أبوه وجده في ديوان الخراج يجبون ما يدخل للسلطان في ذلك من دنانير ودراهم وما عرفوا إلاّ بخدمة السلطان. فلما كان في هذا الوقت تعرّض هذا للشهادة وبيده مال وفيه من كسب أبيه وجده من ديوان

الخراج وخدمة السلطان، فهل يكون مستغرق الذمة؟ وهل تُقبل شهادته؟

فأجاب: لاتقبل شهادة من ذكرت.

قلت: وهذا على القول بعدم جواز ميراثه لهذا المال وعلى مذهب من يُجيزه ـ وحكاه ابن رشد ـ أو يكرهه خاصه ـ وهو فتوى ابن أبي زيد ـ فلا يبعد جوازها إن توفرت فيه شروط العدالة.

غير هذا، الشعبي: من باع جناناً فيه شجرة قد سبقت عل تخم فوق الجنان لأرض كذلك[1] فقال صاحب الأرض: التخم لي فاقطع الشجرة عليّ، وصاحب الجنان يقول التخم لجناني ولا بيّنة لواحد منهما والجنان قديم، لمن التخم؟ وهل تقطع الشجرة؟

جوابها: يترك الأمر على حاله، ويرتفق كل واحد بما كان يرتفق به.

قلت: ومثله اليوم يشتري الرجل الجنان وفيه غصن داخلة من الجار وهي قديمة، فلا مقال للمشتري لدخوله عليها وحِيزَ حريمها عنه. ولو باعه في وقت لا يحاز فيه على البائع، فهل ينتقل الحق للمشتري أو لا؟ قولان حكاهما في الطرر، والعمل على عدم قيامه لأنه ما رأى مسلّم عن البائع، ولو شرط له البائع القيام بحقه جرى على ما فيه خصومة فتأمله.

وفيه أيضاً: عن أبي صالح في دار مكتراة بنى عليها الجار غرفة يطّلع منها على من في الدار الخصومة على مالك الدار لا على المكتري، فإن لم يخاصم خُيِّرَ المكتري بين الإقامة أو الخروج، مثل انهدام ما يضر بالمكتري من الدار.

قلت: مثله أواخر الديات منها في الحائط المخوف منه والدار مرهونة أو مكتراة لم ينفعهم الإشهاد إلاّ على ربّها، فإن غاب رفع أمره إلى الإمام ولم ينفعهم الإشهاد على الساكن إذ ليس لهم هدم الدار.

وسئل أبو عمران عمن له صنعة بقفصة على يديْ صهره وهو بالقيروان فأجيحت ثمرتها سنين وسافر صاحبها للحج وأجبر صهره على دفع خراجها

---

(1) كذا وردت الجملة مضطربة في جميع الأصول.

السنين فأخذ الدين ودفعه. ثم ثبت موت صاحب الضيعة في الحج وقامت[84 ب] عليه ديون كثيرة فأراد صاحبه أن يأخذ ما أَجْبِر على دفعه مقدماً، وقال الغرماء: بل أنت أسوتنا.

فأجاب: إن كانت الضيعة لو لم يؤدّ عنها ورفع يده لهلكت فقصَدَ فداءها فحجته قوية، وإلاّ لم يكن أحق من الغرماء.

وأجاب التونسي: إن كان هذا الخراج لو لم يؤدّه صهره لباع الغاصب الرباع في الخراج وأهلكها حتى يكون صهره هو الذي خلصها من يد السلطان بهذا الخراج. فالذي أراه أن يكون أحق بها من الغرماء. كمن استنقذ متاعاً من أيدي اللصوص أنه يكون أحقّ به ويرجع بما فداه به، وفيه اختلاف.

قلت: ومثله في المدونة إذا أنفق على الزرع ما حييَ به هو أولى به من الغرماء حتى يأخذ نفقته. وكذا ما أنفق على العبد الوديعة أو اللقطة أو الرهن انظره.

وسئل التونسي أيضاً في المسألة إذا كتب لصهره بقفصة وصية فلان يعطيه ما قِبَلي من الخراج فكلمه الصهر فقال له: نحِيلُك على فلان فأخذ الصهر منه دنانير ودفع البقية من عنده وسافر رب الضيعة والمحيل للحج وماتا هناك فقام المحال عليه يطلب الدنانير من المحال القابض.

فأجاب: إذا قبض القابض الدينارين بأمر الآمر الأول لم يلزمه شيء والقول قول الدافع أنه سلف للمأمور الأول ويرجع على تركته بعد يمينه.

وسئل السيوري عن أخوين لهما ضيعة مقسومة أو مشاعة غير أن عليها خرجاً ظلماً في ديوان الخراج مجموعاً فترك السلطان نصيب أحدهما من الخراج، هل يكون إسقاطه بينهما أو يختص به من أسقط له؟

فأجاب: ما ترك فهو لمن تركه.

قلت: وفي تعاليق أبي عمران سئل عن قوم تحت سلطان غالب فرسم عليهم مغرماً فيكون فيهم رجل له ذمام لا يؤدي معهم. فقال: الصواب أن يؤدي

معهم ويعينهم إذا كانوا إنما يؤدون مخافة ما ينزل بهم، ولا يبلغ به الأثم إن ترك ذلك وقد عُفِيَ ولكن ينبغي له مشاركتهم.

قلت: فعلى هذا يندب في مسألة السيوري إلى أن يشارك أخاه في ما ترك له، وأعرف في كتاب الأموال للداودي في من تسبّب في إسقاط الظلم عنه ويعلم أنه يرجع على غيره أنه جائز فعله. وروي عن سحنون غير هذا، قال: والصواب الأول لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظۡلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾[1]. ثم جلب مسألة الساعي إذا تعدّى العامل فأخذها من الخليط لا تجب عليه الزكاة، فانظرها فيه.

وكان شيخنا الفقيه الإمام ـ رحمه الله ـ يأخذ هذا المعنى من حديث «مروا أبا بكر فليصل للناس» واعتذار عائشة عن أبيها وأشارت إلى عمر مدافعة عن أبيها.

وسئل عن التعاليق أيضاً عن القاضي يريد سجن رجل ويعلم أنه يدركه فيه الضرب وغرم المال، كيف يصنع؟

فقال: يسجن ويدخل القليل في الكثير لأنه لو ترك ولم يسجن أضيعت الحقوق. وهو أيضاً لو ادعى على أحد لسجن له. وشبهه بمسألة الذي يحلف لئن تضرب هذا الرجل خمسين سوطاً لأضربن عنقه، لا بأس أن يضربه حتى يخلصه مما هو أكثر من ذلك وهو الموت، ولا يكون على الرجل في ذلك شيء.

قلت: ومثله يقع في زماننا[2].... إلى حكام الفحص في الرعي في[3].... وإفساد شجرها، فكان شيخنا يفتي بجوازه وربما فعل هو ذلك ويقتل، فإن الحكام أشد في الزجر في هذا الوقت من القضاة لعسر الوصول إليهم إلاّ بعد جهد، والغالب أن من وصل إليهم لا بد أن يغرم مالاً أو يهان.

---

(1) سورة الشورى، الآية: 42.
(2) بياض بمقدار كلمة في جميع الأصول.
(3) كلمة غير مقروءة بالأصول.

وسئل التونسي عمن أوصت عند وفاتها أن يخرج ثلث تركتها لله تعالى وأشهد بذلك شاهدان فماتت ولها زوج غائب ثم قدم ثم قام يحتسب عند القاضي الوصية وأشهد الشاهدان بها فأنكر الزوج وطعن في أحد الشاهدين بأنه أقرّ في شركته في غنم بينه[85 أ] وبين رجل غير مأمون ولا متحرٍّ داخل في الشبهات ويأكل من تلك الغنم، فتوقف القاضي عن تلك الوصية، ثم كتب بأنه حكم بالوصية وأشهد على نفسه وأودعه رجلاً ثم عزل القاضي وأتى غيره فرَفع ذلك مَن الإشهاد بيده إلى الذي ولي بعده، فقال له: أعيدها إليك، ثم عزل ولم ينظر وولي الأول فلم ينظر فيها أيضاً. ثم توفي الزوج بعد سنين قام المحبس ورفعها إلى قاض غير الأولين. وقد كان الزوج باع أكثر رباع هذه المرأة عن نفسه وعلى بنيه منها صغاراً، فأقامت الرباع بيد المشتري نحو عشرين سنة قبل وفاة الزوج، فهل يطلب هذا القاضي هذه الوصية بعد ترك الأولين أم لا؟ وكيف العمل في ما باعه الزوج من هذه الرباع وفيم يرجع، هل بالثلث فيها أم في ثمنها من البائع أو المشتري؟ وكيف لو اختلفت أثمان الرباع بالزيادة أو النقصان يوم البيع ويوم القيام؟

فأجاب: إذا كان القاضي الذي حكم مأموناً مضى حكمه لأنه قد يكون لم يثبت عنده إقرار الشاهد بما شهد من جرحة من شهد عليه أو عذره بالجهل ونهاه عن العودة لمثله. ولو نقض الحكم لأشهد بذلك، وإذا لم يثبت نقضه فالحكم ماض وليس الثلث لمعيّن فيحتج عليه بأنه خير له وهو ساكت هذا الأمد. وأما سكوت القاضي بعد رجوعه فلعله يعلم أو اعتقد إنفاذه، وليست هذه الأشياء مما يكثر اهتمام القاضي بها، وقد ينسونَها وقد يرفع إليهم شيء ولا ينظرون إليه وشبه هذا. وإن كان القاضي غير مأمون فثبتت عنده جرحة الشاهد فحكم بها بعد أن ثبتت جرحته وجب نقض حكمه، وقد أخطأ من تراخى في نقض حكم من ثبتَ جوره في أحكامه وإنفاذه الأحكام بمن ثبتت جرحته.

وسئل عن امرأة لها أولاد ذكور وإناث فدفعت وهي مريضة مرضاً تتصرف معه لامرأة دنانير فقالت لها: تدفعين منها كذا لفلانة بنت ابنتي ولأختها كذا وهي مأمونة، فبقيت المرأة مدة وماتت، فلمّا قاربت إحدى البنتين البلوغ

وتزوجت فاشترتْ المرأة ببعض تلك الدنانير ما يصلح بالبنت، ثم سمع الورثة بذلك فقاموا عليها ومنعوها من الدفع وأرادوا ردّها للميراث فمنعت الجميع، فما الحكم في هذه الدنانير؟

فأجاب: إن خفي للمرأة هذا وهي تخرج من ثلث الميت فلتدفع ذلك للموصى لها على ما شرطت الموصية، فإن علم الورثة بذلك وطلبوها فلا تدفع ذلك للموصى لهم لأن شهادتهما وحدها لغو إذا كذبها الورثة ولا شيء للموصى لهما إذ لا قدرة على دفع الورثة. وإن كان الورثة لا يحلفونها ويجتزون منها بقولها لا حق لكم في ما ادعيتم فلا تعطيهم شيئاً وتقول: مالكم عندي شيء، وإذا أرادوا تحليفها بأن أمهم لم تعطها دنانير لم تقدر أن تحلف وأقرت لهم وأعطتهم الدنانير، ولو صالحوها جاز أن تصالحهم لأن أخذ بعض شيء للأطفال خير من أن لا يأخذوا شيئاً. وإن كانت قد أخبرتهم بالقصة ولا محيد لها من رد الدنانير على الورثة إلا أن يقولوا نحن نصدقك في ما قلت فتمضي حينئذ الدنانير للموصى لهما.

قلت: مثله ما حكى اللخمي عن الوصي يعترف بدين عن الميت قال: إن خفي له أن أوصله إلى مستحقه فعل وإلاّ رفع إلى الحاكم وكان شاهداً.

وسئل السيوري عمن غاب أبوها هارباً خوفاً على نفسه من القتل عمداً عدواناً وبقيت ابنته في قرية أو مدينة لا تستطيع الوصول إليه ولا يقدر على الاجتماع بها، فهل يصح إنكاحها إذا خيف عليها الفساد ـ أعني الزنا ـ أو تضيع ويصعب إعلام الأب في تحقيق إذنه إما يتعذر العدول أو المسافرون أو تعذر الطريق وإهمال الأب وإهمال أهل الموضع القيام[85 ب] بالواجب في ذلك أو يكون حسب قدرتهم؟

فأجاب: تزوج على قدر الإمكان ولا ينظر أبوها للخوف الذي وصفت.

وأجاب أبو بكر بن عبد الرحمن على مسألة زيادة بيّنة على بيّنة بأن قال: شهادة الذين شهدوا بالصدقة والحوز أجوز، لأنهم علموا من ذلك ما لم يعلمه من لم يعلم الصدقة، وكون الشيء المتصدق به في يد المتصدق عليه وقبوله

قبض منه له. وقد ذكرت أنّه قبض على من يلي عليه وقبض على ما لم يقبض المتصدق. ولا يلتفت إلى شهادة من لم يعلم بالصدقة مع شهادة من علم ولا يقضى بالزائد في الشهادات، وهو أصل من أصول العلم.

في من شهدت بينه له أنه أقرّ بدنانير وثوب، وشهدت أخرى بدنانير وذلك عن مجلس واحد ولفظ واحد، فاتفق الجميع على أن التي زادت مقدَّمة لأنها سمعت ما لم تسمع الأخرى وهو أحروي كالرواية للحديث الحكم للزائد فيه.

وسئل السيوري: هل تدفع الشهادة إلى محتسبٍ أو قاض جاهل لا يقرأ ولا يكتب إلاّ اسمه واسم أبيه في الشهادة لا غير، وظاهره البلادة والبله؟ وكيف لو كان مجرحاً لا يوثق بدينه ولكنه فهم فهل يباح التخلي عن رفع الشهادة إليه؟

فأجاب: أما المحتسب الذي وصفت حاله والقاضي فمثل هؤلاء لا يجوز أن ينقلوا ما وصفت ولا تؤدَّى إليهم الشهادة فإنها قد تتعدى إلى باطل.

قلت: هذا جار على أصل المذهب ما لم تعمّ البلوى فيكون ضرورة كما تقدم في مسألة سجن القاضي إذا كان يُغرم عليه شيء لارتكاب أخف الضررين فيُنفَى الأصغر للأكبر.

وسئل ابن أبي زيد عمن باع جارية من رجل فأنكره المشتري هل يحل له وطؤها؟

فأجاب: إن لم يجد عليه بينة بالشراء فليحلفه ويبرأ ويعد ذلك منه كتسليمها بالثمن للبائع، ويحل له وطؤها إن رضي بقبولها، وإن لم يقبلها فليبعها على هذا التسليم ويُشهد عدلين أنه إنّما باعها على ذلك ويقبض ثمنها الذي باع به من الأول ويوقف على ما زاد عليه فمتى أقر المشتري الأول فهو له. ورأيت لسحنون في كتاب ابنه: أنها لا تحلّ للبائع وإنّما ذلك إذا لم يرض بقبولها.

وعن سحنون: في المشتري يظهر في الأمة بعيب ويقيم شهود زور فيقضى بردها فتدخل في ملكه بذلك ويكون إقالة، فعلى هذا يجوز له وطؤها إذا

استبرأها لنفسه. وقال في المسألة الأولى: إذا لم يقبلها البائع وماتت بيده على مال أخذ منه الثمن المحجور ويوقف الباقي فمتى أقرّ المشتري أخذه، وهذا إذا استثنى المبتاع أو حدث بعد البيع. وينبغي في مسألة العيب إذا لم يرض البائع حتى ماتت بيده عن مال أن يؤخر الثمن كما تقدم.

وفي أحكام ابن عمر: كتب ابن أبي طالب إلى بعض أمنائه «إنه ليس للمرأة أن تغيّبَ من جهازها ما كان فيه الرفق والوطاء للزوج وتُمنَع من بيعه وتلَفه، فإن الناس يُكثرون في الصداق لموضع الجهاز. واطردْ ابنَها إلاّ أن يكون معها في فراش ولا يبيت معها، فإن الرجل يحب الخلوة بأهله.

وامنع أباها من الدخول إليها إذا اختبرتَ إضرارهما بزوجها بسكنهما مع جيران صالحين.

واجعل صالحة من النساء أو اثنتين معها ينقلان إليك ما خفي من إضرارهما وإن تبين ضررهما فاضربهما بالدرة عشرين سوطاً وجيعاً عند السلطان.

وكذا لو اطلعتَ على ضرر أبيها بالزوج بعد تمليك أبيها فصيّرْهُ في السجن صاغراً أو اضرب أمها بالدرة عند السلطان إن تبيّن ضررها أيضاً بعد التقدم إليها.

وإن تبيّن ضرر الزوج فصيِّرْهُ في السجن حتى أكتب إليك بضربه.

وتقدم إلى أبي الصبي أن لا يُفسد على الرجل فراشه. ووكِّلْ امرأتين صالحتين بهما [86 أ] ونفقتهما على الزوج والزوجة.

وأما الغطاء والوطاء والكسوة فلا ولا كرامة إذا عرف قدرها.

وتقدم إليهم بالموعظة عند الصالحين ولا خيار لها إلاّ عند القاضي إن تبيّن ضرره بها».

وعن أشهب في المرأة تشكو ضرر زوجها وتطلب أن تنقل إلى ناس صالحين تبيّن أمرها إذا كثرت شكيتها فلها ذلك، فإن لم تبيّن ما ادّعتْه بعد النقلة

فأراد زوجها ردها إلى منزله الذي خرجت منه فإن ذلك الخروج طال مقامها في الذي حولت إليه أم لا؟

قلت: تقدمت مسألة الحكمين ودار الثقة وما فيها.

وفي الأحكام أيضاً عن ابن الماجشون في المرأة تُقِرّ في الكثير من جهازها أنه لأهلها جمّلوها به وهم يدعون ذلك ويكذبها الزوج إن كان من إقرارها على وجه العطية هو يرجع للثلث.

وعن ابن حبيب من زوج ابنته فأخرج جهازاً يشهد أنه عارية بيد ابنته وهي غير حاضرة وهي بكر أو ثيّب، ثم طلبه الأب لم يجده وقد أشهد الشهود أنه أدخله بيت زوجها، فالبكر ضمان عليها علمت ما قال الأب أو لا، حضرت أو لا، إلاّ أن يهلك أو يباع بعد أن رضيتْ حالها فتضمنه إلا أن يهلك ببيّنة من غير سببها. ولو كانت ثيباً فعلمت ذلك أو حضرت إشهاد أبيها فتضمن، وإن لم تعلم فلا ضمان ولا شيء على الزوج مطلقاً إذا لم يستهلك شيئاً. وهذا ما زاد على صداق مثلها وما لا عطية لها فيه. وهو قول مالك وابن القاسم وغيره من أصحابه.

وفيها أيضاً: من باع سلعة بعشرة دنانير له بها وازنة، ولو جرت الناقصة بين الناس وجازت بينهم ، لأنه على وجه الرضى والطوع منهم. وعند الاختلاف والأيمان الحكم للوازنة من سكة ذلك البلد وسكة الأندلس حينئذ المعلوم بينهم دخل عشرة ومائة عدداً في المائة الجديدة. وإن ادعى البائع أنه نصّ على الوازنة وعادة البلد كذلك قُبِل قوله بيمينه ولا تفاسخ فيها ولا تحالف فأنت ترى، وإن جرى في البلد الناقص وغيره فإن علم للسلعة أمر حُمل عليه المنكر مع يمين مدّعيه منهما فاتتْ أو لا، وإن لم يكن بها نقد معروف والفرض أن السعر مختلف تحالفاً وتفاسخاً إن لم تفتْ، كاختلافهما في عدد الثمن. ولو فاتت السلعة بيد المشتري قُبِل قوله مع يمينه. وإن قال المشتري: دفعتُ الثمن وهو عشرة، وقال البائع: قبضتُ ثمانية خاصة فالقول قول البائع مع يمينه فاتتْ السلعة أو لا، قُبضتْ أو لا، ولا فسخ في هذه.

قلت: تقدم اختلاف المتبايعين في البياعات.

ومن مسائل الدعاوى والأيمان

وسئل السيوري عن رجلين أحدهما مشرقي كانت بينهما رباع فقُتل المشرقي وأخذ السلطان الربع فبقي بيده سنين ثم رده على ولد المسلم بشركة ورثة المشرقي ثم باعوا ثلاثة أرباع هذه الرباع نصف للمشتري وربع من نصيب ولد المسلم ببخس لأجل أن يد السلطان عليه وحمل على نصيبه وضيعة ذلك، ثم هلك وأراد ورثته قسمته هل يجوز شراؤه لهذا الربع أم لا؟ وهل يلزمه إن أراد أن يطيب الربع به أم لا؟ وإذا ألزمت القيمة فهل تحسب بما أخذه ورثة المشرقي أو لا مع أنه كان عاملاً مستغرق الذمة؟ وهل يصرف ما يعطى لصدقة أو في مصالح المسلمين من بناء سور وغيره كالفيء؟ وهل إن قطع السلطان نصيب المشرقي لولد المسلم وكتب له هل يطيب له أو لا؟ جوابكم الكريم سددكم الله وأيّدكم ورحم سلفكم وغفر لكم وله آمين.

فأجاب: الكافر لا يرثه المسلم ولو لم يكن ذلك ما صح ميراثه لاستغراق ذمته، ومن اشترى منهم ومات لم يطبْ لهم إلاّ [86 ب] بإخراج ثمنه فإن لم يقدر على أخذه إلاّ بما دفع، ولولا ذلك ما حصل حوسبوا بما وزنوا من ثمنه كالفداء، وما بقي يُصرف في مصالح المسلمين لبيت المال، يجتمع مأمونون ويصرفونه في ما هو أولى من فقراء أو غيرهم.

وسئل ابن عبد الرحمن عن رجل له نخلة في ضيعة رجل وطلعت تحتها غرسة فأرادها صاحب الضيعة وقال لأن له نخلة واحدة وقال صاحب النخلة خرجت من نخلته، فلمن تكون منهما؟

فأجاب: لا بد للنخلة من حريم، فإن دخلت فيه فهي لصاحب النخلة

لملكه إياه ولا يلزم احتجاج صاحب الضيعة بأنها قد تخرج عنها لأنها لو خرجت وجب قطعها.

قلت: قوله: لا بد للنخلة من حريم نحوه في المدونة في غرس نخلة مكان أخرى في ضرر الأولى إذا انقلعت والدخول لإجنائها. وكذا رعي أرض في وسط أرض مزروعة لا يمنعه الدخول إليها بثيرانه قال أبو عمران[1]. . . . وكذا طرحه كناسة النهر إن لم يجد أين يطرحها إلاّ على الشجر فعل ذلك لأن للنهر حريماً.

أبو حفص: ومثله إذا وهب بيتاً من دار وجب أن يكون لها حريم وضرورياتها من الممر والمرحاض وغير ذلك. وكذا حكى غيره: إذا وقع ثوبه في دار رجل وجب أخراجه إليه أو دخوله هو إليه، أو افتقر الجار إلى بناء حائطه الذي يلي جاره فيجب عليه تركه لإصلاحه. وفي هذا خلاف.

وأما قوله: فهي لصاحب النخلة إن نبتت في حريم النخلة فإن كان مع بقائها فهو خلاف المدونة، إذا انقلعت له نخلة فليس له غرس نخلتين لقوة الضرر، فإن كان يقلعها فليس بخاص بالحريم بل متى ظهر نبت من شجرته في أرض جاره وهو يعيش إذا قلع فله قلعه وإن كان لا يعيش فجاره بالخيار بين أن يتركه يقلعه أو يعطيه قيمته حطباً، على ما وقع في الرواية، وفيها تفصيل ينظر في العتبية وشرحها.

ومثل هذه المسألة فيها أيضاً إذا باع لرجل شجرة على القطع فغفل عنها حتى نتجتْ بالثمرة للمشتري وعليه كراء الأرض إن كان دعاه لقلعها فلم يقلعها. وكذا ذكرها أبو حفص.

وزاد بعض المتأخرين: إذا باع أغصانها لرجل فغفل عن قطع الشجرة حتى أثمرت الغصون فهو لصاحب الغصون وهي التي تسمى في العرف بالشعر، وعليه الكراء لصاحب العود، وحكم صاحب العود الكراء لرب الأرض.

---

(1) جملة غير واضحة المعنى في جميع الأصول.

زاد أبو حفص: إذا وهب لشخص شاة ولآخر رأسها فنتجت فالولد بينهما على قدر قيمة الرأس من سائرها، ويجبر على ذبح الأم دون الولد. بخلاف مسألة الجلد في المدونة، لأنه كالمنفصل عن الشاة.

وسئل أبو إسحاق الأشيري عن ثلاث نخلات متلاصقات الوسطى لرجل والطرفان لرجل فخرجت غرسات تحت الثلاث لا يُدرى لمن هي، فقال رب الوسط: أقلع ما تحت نخلتي فإن كانت لي غرستُها في غير هذا الموضع، وإن كانت لك أزلت الضرر عن نخلتي، وامتنع الآخر من قلعها واحتج بأنها إن كانت للوسط فهي أرضي وإن كانت لي أبقيتها لذلك.

قلت: تقدم جوابي عن هذه، ولا بد من الفحص عن هذه الغرسة فإن كانت لصاحب الوسطى فهي ملكه وله أن يصنع بها ما شاء، وإن كانت من نخل رب الأرض فهي له. فإن أضرت نخلة الوسط أزال الضرر عنه.

قلت: هي تجري على ما قبلها.

وسئل المازري عن بدوية رهنت بيتاً لها فيه مطمورتان في دنانير ولها أخ حاضر ساكت ثم ماتت ومات أخوها فعرضه صاحب الدين للبيع فسويت أقل من الدين فردها ورثتها بذلك فقام ورثة أخيها فقالوا له مطمر في البيت، فشهدت بينة أنهم لا يعرفون لأخيها فيها ملك فأرادوا تحليف ورثة[**87** أ] المرأة مع أنهم لم يأخذوا فيها ميراثاً مع الشهادة القائمة لها.

فأجاب: إذ بيع البيت في الدين بعد شهادة البيعة العادلة بملكها ويمين المرتهن فلا يمين على ورثة المرأة لأولاد خالهم إذا لم يبق ما يورث عنها.

قلت: مثل إذا قام شاهد لميت بدين وعليه مال يستغرق ذمته وأبى الورثة الحلف فيحلف غرماؤه اليمين المترتبة عليهم ولا يمين على الورثة إذا لم يبق ما يرثون عنه فلا يحلفون ويستحق غيرهم. وكذا النص فيها.

ونزلت مسألة وهي أن رجلاً أوصى بثلث ماله لفقراء جامع الزيتونة فظهر من ماله أرض عليها الجزاء ولا منفعة فيها فأبى الموصى لهم من قبولها.

فأفتى شيخنا ـ رحمه الله تعالى ـ إن كان في الثلث غيرها من المال وأخذوه كان مقدر النصيب من الأرض لهم وعليهم جزاؤها، وإن كان ما ترك غيرها لم يأخذوه فلهم أن لا يقبلوها وترد الوصية للضرر.

ووقعت أخرى وهي أن رجلاً حبّس أرضاً على زاوية وليس فيها كبير فائدة فقام الجزاء عليها من المخزن فقال المقدم على الزاوية: إنّما قبلتها على أنها حرة.

فأفتى شيخنا الإمام بقبول ذلك منه وردها، وكذا جرى لي في تحبيس علوي على مسجد كنتُ إماماً له ليس له كبير منفعة فاستشرت شيخنا الإمام في بيعه وعليه جزاء وهو في الربض وإخلاف غيره مكانه، فقال لي: ردُّه أهْون عليك من هذا، فرددته على ربه فأبى القاضي من تنفيذه له، ثم بعد زمان خرب وانتهب بعض أنقاضه فخشيت على نفسي من إتلافه فشكّلْتُه حوانيت على صورة، وهون الله تعالى في سراحه من المخزن، وهو الآن لم يزل أمام المسجد يستغله.

وسئل عن صائغ قام للناس بمال ووجد في حانوته رماد وتراب ذكر الصائغ إذا غسل خرج منه مال كثير هل يكون لغرمائه أو هو كاللقطة.

فأجاب: حكمه حكم اللقطة، لكن التي يُئس من أربابها فهي كمن ليس لها مالك. لكن يُنظر لعادة المستعملين لهذا الضائع فإن دخلوا على أن الباقي في الرماد للصائغ وهو في حكم المعلوم، فهو كجزء من الإجارة فهو على ملكه وهو يبحث فيه من جهة العادة.

وسئل عما تضمنته صحيفة وهو: قبض أبو الحسن دنانير من عتيق على هيأة ما شهدوا به عليه ليدفعها لأخت عتيق بعد رشدها. وقد عاينت البيّنة دفع أبي الحسن لأخت عتيق الدنانير المذكورة قبل غيبته عليها. وقد طلبت الآن أخت عتيق بذل بعض الدنانير لنقص فيها، هل تكون معاينة البيّنة لدفع أبي الحسن الدنانير مسقطاً لليمين عنه أم لا؟ وهل يجب على عتيق يمين مع ما شهدت له البينة من بعث تلك الدنانير لما ذكر أم لا؟ وإن وجبت هل يردها على

أخته أم لا؟ وهل يجب عليه تسليم وثيقة الدفع لأبي الحسن إذا ثبت قبض أخته للدنانير بعد رشدها وإبرائها منه وقول أبي الحسن خذ على أختك وثيقة بالقبض إن شئت أم لا؟ وهل توقف هذه الصحيفة أم لا؟

فأجاب: تسليم أبي الحسن للدنانير قبل الغيبة عليها ليس فيها أكثر من أنه لم يحق فيها ولم تشهد البينة على صفتها لكن ينظر قبض أبي الحسن لها، هل هو رسول لعتيق وأمين عليها؟ فما وقع من جحود وإبدال فدركُه على المرسل، أو رسولاً لأخته أو قابضاً لها في ذمته ملتزماً دركها؟ فما وقع فيها من درك فعلى الأخت في الأول أو على الرسول في الثاني. ولا شك أنه ليس برسول لعتيق لقوله في الصحيفة أخذها لفاطمة [87 ب] في ذمته وماله.

ووجه آخر وهو إبراء أبي الحسن لعتيق وولده وصار جميعها قِبَله وظاهر قبضها أنه ضمنها وضمن دركها، فما كان فيها من درك فهو عل الرسول المذكور من جحود أو إبدال إذ أن هذا معنى دركها عنده. وقد اعترف أبو الحسن أنها بصفته وأنها التي أخذ من عتيق وأقل مراتب هذه الوثيقة أنه صدقه أنها بصفته ولا يؤدي ذلك إلى بطلان ما اشتملت عليه الوثائق من بعض الأحكام، فيكون الدافع مصدقاً في ما دفعه على التصديق. وأما مع يمينه مع ما ذُكر في الوثيقة فهو أصل مختلف فيه، وتقوى اليمين إذا لم يغلب القابض ولم يكن الدافع ظاهر العدالة، وقد ذكر أنه قلّبها. فإن ثبت بشاهد تقليبها فيكون لإشهاد الشاهد في المسألة حكم وليس في السؤال عن ذلك حتى يتكلم عليه.

وأما تسليم عتيق للوثيقة فإذا أبرأته أخته وتضمن البراءة هذه الوثيقة فلا معنى لإمساكها إلاّ من جهة أن الكاغذ له، فلا يُجبر على تسليمه وهنا ينظر القاضي بقية اجتهاده والتحرز من الضرر بها في المستقبل وإبطال ذلك كما يجب.

قلت: جعل الوثيقة هنا إذا سقطت فإن كاغذها للذي في يده.

وسئل عز الدين: هل يجوز تعليق العُمَر في المسجد، وإن لم يُعلم مالكها هل يجوز الانتفاع بكتابة العلم فيها؟ كما نقل عن بعض المحدثين أنه كان يكتب فيها الحديث.

فأجاب: بأنها إن عُلّقت بحيث تشغل المصلي أو تشوش عليه فلا شك في شدة كراهة ذلك لما فيه من تفويت الغرض الذي بُنيتْ المساجد لأجله، وإن علقت بحيث لا تشغل المصلي فلا بأس، ولا يحلّ الانتفاع بها إلاّ بإذن مالكها لأنها باقية على ملكه ولم يأذن في الانتفاع بها بلفظ ولا قرينة حال بل قرينة حاله تقتضي النهي عن التعرّض لها. وإذا لم تتحقق الإباحة بلفظ ولا عرف لم يجز الإقدام على مال محرم، اللهم إلاّ أن تُبنى بحيث لا يعلق مثلها في المساجد. فإن سقطت حالتها فإن لكل أحد أخذها كما يجوز التقاط التمرة والزّبيبة لقضاء العرف بإباحة ذلك والمسامحة فيه. وأكثر المحدثين بعيدون عن معرفة قواعد الشرع ومآخذ الأحكام فلا عبرة بأفعالهم، بل ينكر عليهم ذلك لأنهم ليسوا أهلاً للاجتهاد.

قلت: الفرق بينه وبين مسألة التمرة ونحوها من اللقطة التي جرت العادة بعدم طلبها لقلتها، للحديث في مسألة التمرة «لولا أن أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها» وللعادة تطييب نفس صاحبها بإباحتها لملتقطها.

وأما العمرى فغرض صاحبها في بقائها ما دام اسمه فيها ورسمه دالاً عليه، فلا يباح بوجه.

ومن هذا المعنى الرسائل الواقعة بين الناس ذكرها القرافي في أواخر شرح التنقيح قال: تلك الأوراق كانت على ملك مرسلها. وذكر القرافي أنها بعد الإرسال يحتمل أن تكون انقلبت إلى ملك المرسل إليه ويحتمل أن يقال إنه لم يحصل فيها إلاّ إسقاط الملك السابق فقط. ونُفيتْ بعد تحصيل المقصود منها مباحة للناس أجمعين، ما لم يكن فيها سر يحافظ عليه. فإن كان ذلك فقد تدل العادة على تمليك الثاني كالترابيع التي يكتبها الخلفاء والملوك لتشريف المكتوب إليه فإنها تبقى عند الأعقاب تذكيراً بذلك الشرف وعظيم المنزلة، فكل ما دلت عليه العادة من ذلك اتُّبِعَ وكان كالمنطوق.

قلت: ومنه وثائق الأشرية القديمة فقد تقدم في فتوى [88 أ] ابن أبي زيد أنها من حق المشتري، وأخذه من مسائل آخر الشهادات من المدونة. ومنها

وثائق الديون وقد مر الخلاف فيها، هل تعطى للمديان يمزقها أو لا؟ وتُكتب له براءة عنده أو تبقى عند الطالب؟ وأخذ ذلك من آخر مديان المدونة. وزاد المازري: إنه يكتب تبطيلها في موضع يبعد زواله. ومنها الصدقات، وقد حكى ابن رشد الخلاف في أخذها أو تقطيعها أو إبقائها مع كتب إسقاطها فيها وبراءة بيد الزوج، واختاره المازري أيضاً لأنه يدل على إلحاق النسب وثبوت الزوجية وما يترتب عليها من الأحكام الشرعية.

والحاصل أن كل ما دلّ إبقاؤه على منفعة لذي حق في تلك الأوراق فلا يحل التصرف فيها بما يؤدي إلى قطع تلك المنفعة وإن لم يكن فيها منفعة لذي حق فكل ما دلت عليه العادة على التسامح به بين الناس جائز التصرف فيه وإلاّ فلا.

ومنه ما جرت العادة عندنا بالقيروان يضعون الأوراق والخروم من المصاحف وكتب العلم على قبور الصالحين وتوابيت في جامعها قصد التحفظ عليها من الابتذال ويقع من ينظر فيها فتجري على ذلك مما يدل عليه العرف من إباحة تمليك أو انتفاع. وقد رأيت منهم من يأخذها ملكاً ومنهم من ينظر فيها ويردّها ولا يقع تغيير، وهو يدل على إباحة الأمرين، والله أعلم.

وسئل المازري عن ذمي ادعى أنه أسلف رجلاً من أهل سوق الزيت دنانير فاعترف المطلوب بالسلف وادعى أنه أمره بشراء زيت بها وأنه اشتراه وأوصله، فسئل الذمي فقال إنه لم يصله منها إلاّ ثمانية دنانير خاصة.

فأجاب: إذا اعترف المطلوب بالسلف فالقول قول الذمي في عدم قبضه، ولا يبرأ إلاّ مما اعترف له به خاصة، ولا خلاف منصوص عندي في ذلك. وأما لو اعترف الذمي أنه أمره بشراء زيت بها فادعى المطلوب بالشراء والوصول وأنكره الذمي فقولان مشهوران في هذا الأصل في المدونة من مسألة القرائن للولي التي في الوكالات وغيرها على رأي بعض الشيوخ.

قلت: هو ابن رشد جعل ما وقع في المدونة من مسألة القرائن للولي التي في الوكالات ومسائل القراض أصلاً مختلفاً فيه. وما ذكره عبد الحق وغيره من

الفروق بينها ضعيفة. وكان هؤلاء الذين انتصبوا للفروق أرادوا أن يجعلوا المذهب قولاً واحداً من الخروج من الذمة للأمانة أو من الأمانة للذمة أو الأمانة للأمانة والذمة للذمة. انظرها في مقدمات ابن رشد وغيرها.

وأما ما ذكره من الاتفاق في أول المسألة فلأنه لم يوافقه الطالب على أنه أراد شراء ما أمره به فلم يزل في ذمته. وأما لو أقر له بالسلف وادعى رده إليه ففي المدونة القول قول المسلف إلاّ أن يخرج ذلك على وجه المدح من المتسلف بقوله: سلفني وقضيته جزاه الله خيراً، فيقبل منه. واختلف إذا خرج منه على وجه الذم ينظر من كلام ابن يونس وابن رشد في شرحه.

وسئل أيضاً عن مسألة وفاة علي بن عبد المنعم بن المنبوذ وعدة ورثته وهم زوجته وابنتان وابن جائز الأمر، فوكلت إحدى البنتين زوجها أبا القاسم على المفاصلة والبيع والشراء والشفعة وفوضت إليه أتمّ تفويض، ونودي على الربع قطعة قطعة فوقعت حجرة على أبي القاسم زوج إحدى البنتين فبعد أن أنفذوا البيع ووزنوا الثمن وأرادوا الإشهاد فقال زوج البنت: [**88** ب] أريد إثبات ملك الحجرة فأخرجوا رسماً يتضمن وفاة عبد المنعم أبي المتوفى المذكور ولم يترك وارثاً غيره وأوصى لابنة ابنه المتوفّى قبله وتسمّى عربية بستمائة دينار وهذه الحجرة المذكورة، وإن عربية توفيت وورثها عمها علي المتوفي وأمها لؤلؤة مولاة عبد الرحمن المذكور والد عربية أخي علي وولد عبد المنعم وتصدقت لؤلؤة على عبد المنعم ولد علي المتوفى المذكور بثلث الحجرة التي صحّت لها من ابنتها وحاز الصدقة أبوه لكونه في حجره والدار فارغة من الشواغل كلها وثمن الحجرة أربعمائة دينار. وتوفيت لؤلؤة وخلفت زوجها علي الرمّاح وعلي المذكور عاصبها، فتفاصل الزوج وعلي بن عبد المنعم في تركة لؤلؤة وفيها براءة علي من جميع ميراث الزوج من لؤلؤة، فقال زوج البنت: أريد إثبات هذا كله عند القاضي فأثبتوا جميع الأموات وزوج لؤلؤة لا يدرى هل هو حي أو ميت ولا يعرف ورثته. فقال ثبت الورثة لا تلزمنا وفاته لأن عندنا مفاصلته مع المتوفى المذكور من الزوج المذكور، وقال بعض من ناب عن بعض الورثة: إن البنت المذكورة عالمة قبل الشراء بهذه الصدقة وسلمتها.

فقال الزوج: أنا أطلب صحة الملك ولا أدفع الثمن حتى يثبت ذلك، ويعلمني القاضي به ويخبرني على الثمن، وقالت زوجته: لا علم لي بما ادّعي من معرفة الصدقة، فهل يلزم الزوج المذكور دفع الثمن أم لا؟ وطلب الزوج المذكور إيقاف الوثائق كلها على يدي من يراه القاضي حتى تقع المفاصلة، وقال بعض من ناب عن بعض الورثة: يأخذ كل واحد وثيقة بما وقف عليه من الربع، فهل توقف أو توزع كما قال النائب؟

فأجاب: ذكرتَ براءة علي زوج لؤلؤة ولم تذكر براءة عبد المنعم بن علي المتصدق عليه، فإن ثبت الحكم أن لؤلؤة لا حق لها في الحجرة واتضح الحكم عليها به بالشهادة وحكم عليها فإنه لا يلزم من باع داراً أن يأخذ حكم القاضي بها، وإنّما يلزم إثبات صحة ملكه لها، فإذا ثبت الملك فلا مقال على البائع وإن جهل ورثة من شهد عليه فلا يمنع صحة ملك البائع إلاّ أن تشهد بيّنة أن هذا عيب في الدور فينظر في ذلك. وأما الوثائق فإن كانت من تركة الميت ومن أملاكه فلجميع ورثته حق ولا يستبد أحدهم منها دون رضى الباقين، وإن تشاحوا أوقفها القاضي عند من يراه أهلاً لذلك حتى يقع الفصل بينهم فيها.

وسئل عمن أوصى في مرضه الذي توفي فيه أن في ذمته من كراء دار كذا وكذا ديناراً منعوتة، ثم وصل وكيل من رب الدار في المركب وطلب دنانير، فهل يلزم الموكل بيمين مع أنه ببلاد المشرق ولم يمض من المدة ما يقضي أنه قبض فيها شيئاً من وقت اعتراف الميت له وطلب وصي الأيتام الحكم في ذلك، ما تراه من الحكم فيها؟

فأجاب؛ إذا لم تطل حياة المقرّ من حين إقراره، بل مات في زمن لا يمكن القضاء فيه وليس بينهما من الوصلة ما يقتضي أن الموكل وهبه ذلك وهو غائب غيبة بعيدة، ولم يوقف الحق لأجل يمينه لأنها يمين استظهار وبُعد الغيبة والقرائن المذكورة تدل على عدم قضاء الحق وإسقاطه بالهبة.

قلت: تقدم أن يمين القضاء فيها خلاف بين العلماء هل هي واجبة أو استظهار، وكذا إذا حلفها المتوجه عليه ثم تأخر القبض زماناً تعاد أم لا؟ هي في

نوازل ابن رشد. وكذا إذا حلفت لغيبة المطلوب ثم قدم قبل [89 أ] القبض لم يقع قبض حتى مات المطلوب أنها تعاد. من طرر ابن عات. وكذا لو قدم وكيل من جهة الطالب بالطلب فادعى المطلوب أنه دفع، هل يُقضى للوكيل وتتأخر اليمين حتى يحضر الطالب أو تطلب اليمين قبل تحمّل المطلوب؟ وأن فيها أربعة أقوال في البضائع من الشرح فتُنْظر فيه.

وسئل الصائغ عن الصيارفة يقولون للناس هذه الدنانير أو الدراهم طيبة، فإذا رجعتْ إليهم للصرف يقولون رديئة، هذا شأنهم.

فأجاب: أما الغرر في الصرف ففي المدونّة إن قال له جيد فوجد رديئاً لا ضمان عليه، ولو علم رداءته فقيل يضمن، وكذا كل غرر فالقول فيه قولان، والصواب عدم الضمان لكن من علم منه ذلك عوقب أو أخرج من السوق فهو أشد عليه، وينهى القاضي ويعاقب من لم ينتَهِ، فإن تمادى أُخرِج من السوق.

وسئل عن فرخ خرج من عند رجل ودخل على فرخ آخر ما الحكم فيه؟

فأجاب: إن لم يقدر على تمييزه اشتركا فيهما، قيل له: ما اخترتَه من القولين في المدونة خلافه، فقال: ما يتعلق به الملك على وجهين، منه ما يتعلق بوجوده كالسلع والعبد فلا خلاف أنه لمالكه وإن زالت يده عنه، ومنها ما يملكه بوضع اليد عليه كالذي أصله وحشي فيصطاد فملْكه بوضع اليد عليه. فإذا قلت: وأخذه الغير ففيه خلاف. وقال مالك في من أحيا أرضاً مواتاً ثم دثرت فأحياها الغير فإن ملكها الأول بشراء فهي له أبداً، وإن كان بوضع اليد فهي للثاني. وكذا ما يحكم عليه من الوحش كالغزال بخلاف النحل لتوحّشه أبداً، وكذا الحمام لطيرانه في الفحص فرجع هنا. وقد شك سحنون في النحل هل هو متوحّش أم لا، فإن قلنا غير متوحش فهو كالأول اتفاقاً، وإن قلنا متوحشاً فقيل كالأول وقيل كالثاني، فيترجّح القول الثاني عندي من هذه الطريقة، على أنه يحتاج إلى كلام في حكم الاختلاطات.

وسئل عمن قام على أخيه بشاهد وهو في برقة فضُرب له أجل وادعى الآخر أنه له فيه منفعة وقام يطلب أخاه بكراء له قِبَله وادعى أنه يضرب له أجل

في المنفعة في هذا الشاهد بعد فراغ الخصام. وقال الآخر: بل من يوم الأجل الأول، فهل يستأنف له الأجل من يوم الدعوى الثانية أم لا؟

فأجاب: إن كان خصام الكراء لا يتعلق بشهادة الغائب المضروب فيه الأجل مكن من الخصام فيه. فقيل: يا سيدي المقصود من السؤال أن الشيوخ ضربوا لشهادة الشاهد شهرين فهل يكون ضرب الشهرين من الآن أو من بعد فراغهم من الخصام؟

فأجاب: إذا أمكن الخصام فيه والاطلاع على الحكم قبل فراغ الأجل مكن من الخصام وبقي الأجل على حاله.

وسئل ابن الضابط عن أخوين تفاصلا في ميراث أمهما وفي المفاصلة أنه ليس لواحد منهما قِبَل صاحبه دعوى ولا طلب بوجه من الوجوه ولا سبب من الأسباب ولا غير ذلك من سائر المطالب كلها والعلق بأسرها. وفي المفاصلة دار ذكرا أنها بينهما نصفين، فأجابه الآخر بما في المفاصلة، هل له مقال أم لا؟

فأجاب: إذا ثبت الأمر على ما ذكر فلا قيام له على ما ادّعاه قبل تاريخ المفاصلة المسقط فيها التداعي.

وسئل عمن قام ولده الجائز الأمر بشهادة عدول أنهم لا يعلمون له مالاً ولا يعلمون أنه وهب له شيئاً ولا [89 ب] تصدق عليه به، وإنّما يتصرف في مال أمه ثم ماتت الأم وورثها هذا الولد وولد صغير تحت نظر أبيه وهي مطلقة منه، فأراد الأب أن يجمع جميع ما بيده من مال الأم ليصير للصغير حظه فيه، فهل يستحق شيئاً لولده بهذه الوثيقة أم لا؟

فأجاب: تقدم جوابي بأنه لعله يكسب مالاً ولا علم للشهود فلا يخرج ما بيده بهذه الشهادة.

وسئل عن رجل قدم من طرابلس وادّعى أن أباه كان قبل وفاته وضع عِدْل كتّان عند رجل وتوفي المودع فقبضه رجل هنا فقال القابض: دفعته لعمك، فقلت له ليس عمي بصاحب هذا العِدْل ولا وارثه ولا مفاوضه ولا وصيّه ولا

مقام فيلزمك غرمه، فأنكر القابض العِدْل رأساً وقال: ما قبضتُ شيئاً ولا دفعتُ للعم شيئاً، فأراد تحليفه، فهل يحلفه أم لا؟

فأجاب: إذا ادعى أنه أقر عنده أنه دفعه للعم على وجه العداء حتى تتوجه المطالبة به للوارث عليه توجهتْ له عليه اليمين بعد إثبات الوفاة وعدة الورثة. وأما إن ادعى أنه دفعه للعم على وجه جائز فيُنظر في صورة الاعتراف.

وسئل عمن توفي منذ سنين كثيرة فقام بعض ورثته بوثيقة دين على رجل فاعترف بها وادّعى دفعها لبعض الورثة. قال: وليس في ذلك بيّنة وفيهم مولى عليهم والدين مؤجل.

فأجاب: إذا لم يثبت قضاء الدين ببيّنة أو عادة واضحة تدل على صدقة فهو مطلوب به ولا يمين على مولى عليه ومن ادعى أنه قضاه من الجائزي الأمر حلّفه. وإن ادّعى أنه قضى الميت حلف من يمكنه علم ذلك منهم على العلم.

وسئل عمن قام بكتاب تضمّن شراءه لثلث دار ولغيره بقيتها وبقي عليه من ثمن الثلث عشرة دنانير، فقام البائع يطلب بقية الثمن في غيبة المشتري وأثبت جميع ما يجب عند القاضي، فباع القاضي الثلث ودفع عشرة للبائع وحكم بقيته نفقة للزوجة، وكانت الزوجة هي التي اشترت الدار، وذكر في البيع أنها استملكت ملك جميع الدار وعند رجل موضع الرسم الذي اشترى به الغائب الثلث فأرادت أخذه، فهل تمكّن من ذلك أم لا؟

فأجاب: إذا بيع ذلك على الغائب فأثبت ملكه به فيبقى الأصل عند من أبقاه الغائب عنده، ويأخذ المشتري نسخته ليصح له ملك ما بيع عليه، ويبقي الأصل حق من بيع عليه لاحتمال استحقاق فيطالب بالثمن فيجد ما يحتج به على من باع.

قلت: تقدم أن من حق المشتري دفع وثائق الملك له مأخوذة من المدونة. وظاهر هذه عدم دفعها له وأنه يحتجّ بمن قام بها على البائع في دفع الثمن. واحتجاجه في المدونة إنّما هو للمشتري وهو الظاهر، لأن الخصومة إنّما هي

معه لأن في يديه الرقبة فيكون من حقه كونها تحت يده متى قام على الرقبة قائم.

وسئل المازري أو غيره عمن يدعي أن فلاناً شتمه شتماً يوجب الحدّ أو الأدب ولا يأتي بلطخ ولا شاهد، فهل تجب له اليمين عليه؟ وكيف لو حلف ونكل عن اليمين ولو ظهرت قرائن ولطخ بغير عدول هل توجب الأدب أم لا؟

فأجاب: أسقط أهل المذهب دعوى الطلاق والعتق لتكررهما وأثبتوا تصديق مدعي الذمّ لكونها تقع في الخلوات غالباً، وقبلوا شهادة النساء في الاستهلال والصبيان في الجراح للضرورة، واعتبروا الخلطة على الطريقة المشهورة خوفاً من ابتذال السفهاء الأفاضل، ورأى بعض أصحابنا السمت يدلّ عل الخلطة، فهذه أركان هذه المسألة. فإن ظهر لطخ أو قرينته أو شبه استحلف المطلوب بعد أن يؤمر الطالب بإحضار من سمع هذا وإن لم يكن عدلاً لتوفر الشبهة واللطخ.

وأما إقامة الضرب والحد بقرائن[90 أ] الأحوال فهذا لا يفتح فيه باب لأنها كثيراً ما يقع فيها الخطأ ولا يضبطها إلاّ المبرز في علم الحقائق. وإن رخّصنا في الاعتماد بحاذق فيزعم الآخر الحذق والزمان فسد فلا يجب خرم قواعد الأصول لكن قوة الزجر والوعيد وشدة التهديد والإفراط والتفريط بالخوف على حسب ما يظهر من المطلوب وتسلطه عل الأعراض وخلّوه من ذلك يعتمد فيه على قرائن الأحوال.

وسئل عمن ادعت على أبيها وادعت يمينه هل تمكّن من ذلك أم لا؟

فأجاب: اختلف المذهب على ثلاثة أقوال في الولد هل يحلّف أبويه في ما ادّعاه على أخيه يحلف له، فهل يمكّن ويكون عاقاً أو لا يمكّن[1]... اعترضه جماعة فإن العقوق منكر فكيف يمكّن منه القاضي وقد نصب لتغيير المنكر؟ وللآخرين اعتذار. والأصح عندي وعند شيخنا أنه تنظر أمور الوالد وحاله وحرمته هل يؤثر فيه استحلافه وينقص من قدره؟ ويراعى المطلوب منه وغنى الولد وإحجامه فتسقط، ولو انعكس الأمر لحلّفه فيبني الأمر على ما تقدم.

---

(1) بالأصول: وجميعها.

قلت: تقدم هذا. وهذا إذا كان أحد الأبوين مطلوباً فلو كان طالباً لحلف بغير خلاف. وكذا حكى غير واحد إذا كان الولد محجوراً فإن الحلف في حقه واجب لأن المحلف له غيره.

وسئل عن قصر غاب عنه أهله طويلاً ثم رجع بعض ورثة أهله فسكنوه ولم يعرفوا أملاكهم وأسكنوا معهم أجانب، ثم جاء ورثة الباقين فمنعهم الأولون وأرادوا أيضاً إخراج الأجانب، فما حكمهم معهم ومع ورثة الباقين؟

فأجاب: تقدم الكلام فيها قديماً والرد على بعض مشهور المفتين فيها. والذي أذهب إليه على الجملة أنّ هؤلاء يستحقون جميعه ولا شيء للأجانب فيه، فإن قدر على الإحاطة بملاكه وورثتهم واتفقوا على التجاهل في ذلك فليتحلّلوا أو يقتسمونه بالسواء إذا لم يشاركهم فيه غيرهم. ولو ادعى بعضهم أكثر ونازعهم صاحب الأقل فتخرج على خلاف ابن القاسم وأشهب في مسألة التداعي في دعوى النصف والثلثين فعليه تجري وهي مشهورة، أو يدعي أحدهم تعيين موضع ويشك الآخر فيه فتجري على مسألة الموقن والشاكّ من المتبايعين فالموقن أولى واختلف في استحلافه. فعلى هذا الأسلوب تجري هذه المسألة.

قلت: تقدم قريباً منها ما في سماع يحيى من السؤال في أرض عامرة في موضع بين قريتين فاختلف أهل البلد في قسمتها، فلجماعة من أصحاب مالك لا تقسم بينهم لما فيها من الرفق للمسلمين إلاّ أن يثبتوها فتقسم بينهم على الوجه الذي أثبتوه خلافاً لابن القاسم ومالك. وأخذ الأول من مسألة عفو الأرض منها. انظرها في الكتاب المذكور.

وكثيراً ما ينزل في هذا الوقت يرتحل قوم عن قرية فيخلفهم آخرون ويأخذون ديارهم وعماراتهم وربما جرى ذلك للواحد والقليل ثم يرجع الأولون ويطلبون ربعهم فإن ثبتت أملاكهم ببيّنة فهي لهم ولهم إخراج من خلفهم وإلاّ كانوا غصاباً، وإن لم يُثبتوا شيئاً أو ثبت أن الرقاب لبيت المال أو لمن ملك ذلك من الأعراب أو الولاة أو الجند فليس له إلاّ النقض خاصة إن كان فيه منفعة. ولو كان في شرطهم أن من خرج فليس له في النقض ولا في العمارة

شيء لكان كراء فاسداً يسلكون فيه مسلك ذلك من الأقامة فيه مدة، أو عثر على ذلك بالقرب فينظر فيه. وهذا كله إذا خرج عنه أربابه ولم يسلموه لغيرهم ولو سلّموه لمن يأتي لكان له.

ونحوه ما جرى في القيروان حين جلا عنها أهلها ثم رجع بعضهم ونزل في منازل الخارجين. ولعلّها مسألة المازري. ولو لم يُدْرَ لِمَ خرجوا، هل على وجه الإسلام أو الرجوع، ليتخرّج ذلك على قول ابن القاسم وابن وهب: إذا أسلم ماله ثم رجع إليه ولم يظهر على أي الوجهين أسلمه، فانظرها في شرح ابن رشد.

ومن هذا ما حكاه الداودي في كتاب الأموال في أماكن تسمى الأخماس غلب عليها هذا الاسم وأماكن قد اغتصبت من أهلها وصارت طابية لما أخذوا به من مظالم ومضت الدهور حتى لا يعرف مَن أهلها، وأماكن حدث ذلك فيها بحروب وقعت بين أهلها وجيرانهم فمنها ما نزل به قوم آخرون غير أن أمرها مشهور قد علمه جميع من يعرف تلك الأرض أن أهلها أخرجوا منها وأن هؤلاء نزلوها ظلماً، ومنهم نفر نزلوا تلك الأرض ظلماً في ما مضي، فما كان من هذا كله يُعرف أصحابه ويُحصوْن عدداً غير أنهم لا يعرفون كيف كانت أملاكهم فيها فإنهم يصطلحون فيه على ما شاؤوا ، فإن تشاحّوا ولم يدّع أحد منهم معرفة شيء يدعيه وقف ذلك حتى يصطلحوا فيه، وإن تداعوا فيه حملوا على سبيل التداعي، وإن ادعى بعضهم معرفة ذلك وجهله آخرون وقالوا: لا علم لنا كان لمن ادعاه، قيل بأيمانهم وقيل لا أيمان عليهم وإن لم ينازعهم فيه أحد.

وإن قال قوم لنا حقوق لا ندريها لطول إقامتنا وإقامة من قبلنا ممن ورثناها عنهم وليست بأيدينا وادعى الآخرون على ما يدعون ملكه فهي لمن ادعى العلم مع أيمانهم لا يعلمون لهؤلاء فيها حقاً. وإن عُرف أهلها وجُهل عددهم ولم يدر من غاب منهم ولا من كان له فيها شيء ولا من لم يكن له شيء ولم يعلموا قلة أملاكهم من كثرتها ولا يعيّنونها ولا عرفوا كيف جرت المواريث بينهم لطول زمن ذلك فهي كمال تركَهُ رجل لا يُعلم له وارث ولا يرجى علم

ذلك فتجري في ملك المسلمين ولا تُترك غفلاً، واختُلف هل تجري مجرى الصدقات أو الفيء، والصحيح في النظر مجراها مجرى الفيء لإجماعهم أنْ من لا وارث له نسب أنه يورث بالولاء، وقد علم أن لكل هالك وارث ولا بد أن يلقاه وقد علمه الله. وقد طوّل في الاحتجاج فانظره فيه.

وفيه أيضاً: قيل له إن قوماً يؤخذون بالغرم على عدد شجرهم وهي تشرب بماء الأنهار ومياه تلك الأنهار أملاك معروفة فيستقل من تلك المياه ويستكثر بقدر ما رزقه الله منها، وربما تبايعوا المياه منها دون الشجر، ولم يكن جعل بذلك الموضع شيء من المغارم على الماء، فاجتمع رأس أهل الموضع وسلطانهم على أن قسموا جميع مياه الموضع على عدد الشجر فصار لمن كان له القليل من المياه كثيراً ومن كان له الكثير قليلاً، وأعطي لمن لم يكن له ماء بقدر ما وقع لعدد شجره. فتورع عن أخذ ما صار إليهم قوم وأخذ ذلك أكثرهم، وطولب من تورع بغرم ما[1]... على ما جعل له شيء. فطال الأمر حتى لم يعلم كيف كانت أملاكهم فيه ولا من كان له شيء ممن لم يكن له. فأراد القوم أو بعضهم التحري في ذلك فقال: إن كان القوم يُحصَوْن وليس فيهم غائب ولا يتيم ولا سفيه فيصطلحون في تلك المياه على ما أحبّوا، فإن تشاحّوا أو وجدوا القيام بذلك الانتصاف فليوقَفْ حتى يصطلحوا، وإن كان أهلها لا يحصون وفيهم الغائب واليتيم ولا يحصى الغائب ولا تعرف مواضعهم فسبيل ذلك الماء سبيل ما ذكرت ممن لا يُعرَف أربابه إن شاء الإمام أن يوقفه فيباح منه شرب يوم بيوم أو شرب شهر أو شرب سنة ويجتهد في ذلك ويجريه في مصالح المسلمين. وإن لم يكن سلطان عدل يجري ذلك عل وجهه فعدول المسلمين يقومون مقامه، من قام منهم بذلك كفى.

وسأله أهل موضع فقالوا: يأتينا ماء من بعض جبالنا فنسقي أرضنا به، وأخبرنا آباؤنا عن آبائهم أن أصله لم يكن لهم وهو لقوم لا يُعرفون.

فقال: وهذا كحال ما ذكرتَ، إن رأى الإمام أو عدول المسلمين ـ إن لم

(1) كلمة غير مقروءة بالأصول.

يكن لهم إمام ـ بِيعَ ذلك أو فعل ذلك، ويصرف ثمنه في منافع المسلمين، وإن رأى بيعه من أصله فعل، وإن لم [91 أ] يكن من يقوم بهذا ولا بذا فليتحرّ كل من أجرى منه شيئاً فيتصدق بقيمته، أو يدخله في منافع المسلمين.

وسئل عن قوم أخرجهم السلطان من موضعهم واستقصى رباعهم ولهم حقوق في أنهار لهم فيها شركاء لم يحل بينهم وبين مالهم في تلك الأنهار وهي متاع بينهم يقتسمونه على أجزاء معلومة، ليس لأحد منهم يوم لا يعدونه وهل لمن يُمنع منهم من حظه أن يأخذ ولا يكون للممنوعين عليه تبعة؟

قال: ليس له ذلك وإن أخذ قدر حقه فليقسْ مع الممنوعين على قدر شركتهم في النهر وينظر لهم فيه إن غابوا.

وسئل عن نهر بين قوم يقتسمونه يوم الجمعة لقوم ويوم السبت لآخرين ويوم الأحد لآخرين، فلكل قوم يوم من الجمعة معلوم، فدفع بعض أهل النهر عن حظوظهم فيه وأمكن الذين لم يمنعوا من أخذ حقوقهم من يوم غير يومهم، هل يجوز لهم؟

قال: لا، إن لم يجد أخذ يومه بعينه لم يحلّ له أخذ سواه.

قلت: جعل الأيام كأنها أعيان مغصوبة، والصواب أن الماء مشاع لكنه يجري على مسألة الغاصب كمسألة أخذ الزكاة ممن وجبت عليه وأخذها أهل جور. وفيها خلاف. وكذا لو غصب عينها وقسمها مثل حيوان أعطي لبعض المالكين نصيبه وحُبس نصيب الباقين، والمشهور في هذا أن قسمته لغو واختلف في ما يؤخذ في القولين في الزكاة، وفي المدونة مسألة الخوارج ولها تأويل.

وسئل عن أمير مر بموضع فرآه من عفاء الأرض مما يصلح للإحياء وقد كان ترك فيه أهل بدو بخصوصهم وبيت فيه دار وداران فعمل عليها عاملاً وأمره أن يخط فيه مدينة فبنى هو وطوائفه دياراً منها لأنفسهم، وأذن لمن أراد أن يبني لنفسه، وبنى حوانيت ثم أذن للناس أن يسكنوها على أن يؤدوا كراءً معلوماً في كل شهر وأقرها بأيدي ساكنيها فصار لهم كالملك يصلحون ما وَهَى منه ويتبايعونها وتورث عنهم وبنى موضعاً ليجعله فندقاً فلمّا بلغ حد التسقيف أشير

عليه بأن يجعل قيسارية لمن أراد أن يتم حانوتاً ويكون له كراء معلوم فبنى وبقي بأيدي ساكنيه كالملك لهم، إلاّ أنهم يؤدون إلى العمال ذلك الكراء.

وأذن في موضع آخر لمن شاء أن يبني حوانيت على أن يؤدي كراءها فبُنيتْ على ذلك أو صارت كالملك في أيديهم غير أنهم يؤدون الكراء إلى العمال فتوفي الذي أقطع البلاد وولي ابنه وزال عن البلد وزال عبيده المماليك وتركوا دياراً وحوائط أحيوها في أرض عفاء فأخذ ذلك مَن وليَ بعده وصار يغرم ساكني الكراء وأذن لقوم آخرين فبنوا في فضاء كان في الأسواق حوانيت على أن يؤدوا كراءها وصارت بأيدي ساكنها أيضاً بالملك، وكل هؤلاء العمال مستغرقوا الذمم لكثرة ما ركبوا الناس من المظالم.

فقال: ما ترك العامل وعبيده مما اختطّوه لأنفسهم وسائر هذه الحوانيت هو مما أفاء الله على المسلمين يسلك به سبيل الأموال التي قسمها الله عليهم، فلا تكون ملكاً لساكنيها ولا يستحقونها بما ذكرنا.

وسئل عن عامل مستغرق الذمة فيشتري أرضاً فبنى فيها حوانيت وحمامات أو مساجد ويكري تلك الحوانيت فربما بقي بعضها بأيدي ساكنيها حتى تنهدم ويبنوها وتصير لهم كالملك، غير أن ذلك الكراء عليهم وهم يتبايعونها ويُجرونها مجرى أملاكهم ثم يعزل ويتولى أخذ أكرية الرباع مَن ولي بعده، وربما حبس ذلك العامل أو من فوقه من الأمراء أو من ولي بعده بعض تلك الرباع فقال: وهذا ما أفاء الله على المسلمين لأن أهل تباعات من كان هذا سبيله لا يحصون ولا ينتصفون إلى الأبد وما ترك من كان على الظلم بحال ما وصفت ومما أخذ بوجه من الوجوه منه فهو مما أفاء الله، فقيل له: أفيجوز أن تشتري تلك الرباع من الأمراء؟ فقال: إن سكنوا بالأثمان[**91 ب**] سبيل الخير وأجروها في منافع المسلمين جاز ذلك وإلاّ فليخرج من اشترى أو اكترى الثمن ثانية إلى ما يعود على المسلمين نفعه إما إلى مساكين أو سبيل من سبيل الخير، ولا بأس بالصلاة في تلك المساجد إذا لم يقع في أرضها غصب، وكذا ما اشتري من الأرض التي أحدثت فيها الحوانيت إذا لم يكن في أصل الاشتراء فساد من قهر

أو ظلم، فإن المساجد إذا كان أصلها حلالاً وبنيت بأموال هؤلاء الظلمة يصلّى فيها لأن أصل ما ينفق من هذه الأموال من وجوه الفيء وهذا منها، وهدْمها وجعل أنقاضها في سبيل فساد، وأكثر المساجد العظام والجوامع إنّما يبنيها الأمراء فما ارتاب أحد فيها منذ كانت.

وسئل عن أهل بلد يلزمهم السلطان على رباعهم وفي الموضع قوم لا رباع لهم، فلما طال ذلك على أهل الرباع اجتمع قوم منهم مع عاملهم فاقتسموا خارج مدينتهم على عدد رؤوسهم وقضوا المظالم المعلومة على تلك الأرضين ودخل معهم من كان له ملك أو لم يكن وجعلوا ما كانت أملاكهم مستغرقَة مشاعاً بينهم، فأقاموا على ذلك إلى أن أندرسَ عِلْم ما كان عله أصله ولم يعرف من كان له شيء ممن لم يكن ومن غاب ممن حضر لكثرتهم وتفرّق كثير منهم في سائر البلدان.

فقال: هذا كما لا يُعرف مالكه وتقدم ما فيه.

وسئل عن أهل بلد بينهم وبين جيرانهم حرب وقع بينهم قتلى فصالح شيوخ ذلك البلد القوم الذين حاربوهم على نفس الوادي الذي يسقون به أصولهم وأراضيهم وجميع الوادي لخلق كثير لم يشاؤوا أكثرهم، هل يجوز هذا الصلح؟

فقال: لا، إلاّ أن يشاء من أخذ ذلك أخذ حقوق مَن صالحهم إن صالحوهم من غير قهر ولا عادوا إلى رأس أمرهم وكان كل أحد منهم في مطلبه عل ما يجب له. قيل: فإن دفع السلطان جميعهم عنه وطال زمانهم فلا يُعرف كيف كانت أملاكهم، لا مَن كان لهم الأصل ولا مَن صولح عليه. قال: فهذا مثل الذي قبله من الأموال التي لا يعرف رباها ولا ترجى معرفتهم.

قيل له: فقوم لهم نهر جرت عادتهم على أن يسقي القويّ ويمسك النهر ما احتج إليه فإن استُغني عنه أتى قويّ آخر فأخذ بعد فلا يصل الضعيف إلاّ إلى ما استغنى عنه القوي وهم لا يعرفون ما كان لكل واحد في الأصل، فأرادوا التحري أو رجا بعضهم الانتصاف فكيف العمل فيه؟

فقال: إن أخبرهم مَن قبلهم أنه كان ملكاً لهم إلاّ أن قويَهم يغلب على ضعيفهم ولا يعرفون كيف كانت أملاكهم فيه فليصطلحوا فيه على ما رأوا، وفإن أبَوْا أجْرَوْه الأعلى فالأعلى إلى الكعبين ثم يُرسَل إلى مَن بعده حتى يبلغ آخرهم.

وسئل عن قوم لهم نهر تجْري عيونه في الشتاء وتقلّ في الصيف وربما غارت فيه، وعادة أصحابه أن لكل أحد شرباً معلوماً وبجوارهم أرض لقوم أرادوا أن يدخلوا معهم في ذلك الماء ويأخذون منه حظاً ليسقوا به أرضهم وأبى ذلك عليهم أصحابه وقالوا لا نعطيكم إلاّ ما فضل عنا، ومنعوهم ذلك رأساً.

قال: ليس لهم أن يأخذوا منه إلاّ ما طابت به أنفس أربابه غير أنه إن كان فيه فضل لا شك فيه فلهم أخذه بالثمن وما استغنى عنه أربابه.

قيل فإن اشترى رجل أرضاً من بعض أهل ذلك النهر ولم يسمّ شرباً من الماء فأراد أن يأخذ من حظ البائع ما يسقي به تلك الأرض.

قال: إذا كان كل واحد من أهل النهر يصرف حصته حيث شاء فليس لمشتري الأرض شيء من الماء وإن كانوا إنّما يسقون الأعلى فالأعلى، فلمشتري الأرض[1] أن يسقي بعد من يليه.

وسئل عن قوم لهم أرض يزرعونها فنبت في طرفها سَمَارٌ فخرج منه ماء فاستغنى عنه أهل تلك الأرض فسال إلى أرض قوم آخرين فكانوا يسقون به نحو ستين سنة ثم احتاج إليه أصحاب الأرض التي أصله فيها وأرادوا صرفه عن أولئك.

فقال: إن ثبت[92 أ] أنه ظهر في ملك أولئك، فإن كان من حازه يدّعيه لنفسه بالملك طول هذه المدة بحضرة من هو في أرضه وعلموا بدعواه ولا ينكر فهو لمن حازه، وإن لم يكن إلاّ سقيهم به من غير أن يدّعوه بعلم مَن هي في أرضه فهي لرب الأرض.

---

(1) جملة سقطت من أ.

قلت: هذا نحو ما وقع في كتاب السداد في حجرة انهدمت وفيها بئر فبقي الجيران يسقون من مائها الزمن الطويل، ثم قام ربها وأراد بناءها ومنعهم الماء فله ذلك. ابن رشد: وهذا ما لا خلاف فيه إن ثبت حجره ثم أبيح بعد ذلك فلصاحبه منعه.

ووقع مثله في طريق وقعت في رسوم بغير إذن أربابها وطال زمانها ثم أرادا أربابها منعها وأن يجعل من وجهها حائطاً تمنع المارة، مثل طرق قرطاجنة أيام الشتاء، وطريق بالحريرية[1] من تونس المحروسة، فإنهم يقومون بذلك ولهم منعها وجعل حضيرة في وجهها ولا تحاز أبداً وإن اختلف مُلاكها لأنها بغير إذن أربابها ولا باختيارهم، لا سيما إن كان حبساً أو مخزناً[2]. وقول من جعلها من باب الحيازة خطأ. ومسألة الحجرة دليل على ذلك. والحيازة على المشهور إنّما هي موجبة الملك لما لم يُعلم أصله. ووقع في هذا الأصل في كتاب الولاء خلاف فيها. ويأتي من هذه المسائل مثل هذا، إن شاء الله.

وسئل عن قوم أجْلُوا عن مواضعهم وأسكِنوا بلداً قد منعَه أهله وأسكنه هؤلاء كرهاً بأهليهم وذراريهم وأخذ عليهم أن لا يزولوا منه وخاف مَن زال منهم وقوع السلطان به، فكيف يعمل من أراد التحري؟

فأجاب: إن وجد من يُحَالُّهُ من أهل ذلك الموضع فليفعل ويطيب له ما أحلّ له من سكنى أو ازدراع أو اغتلال، وإن لم يجد ذلك والقوم معلومون فيسكن أقل ما يكفيه ويؤدي كراء ذلك إلى أهله إن عرفهم وإلى المساكين إن أيس من معرفتهم. وليكن مقامه في المساجد والمواضع التي لا يمنعها أحد من الطرق المسلوكة والأرض التي لا تملك. وإن وجد ما وجد من تلك الأشياء فلا يقرب شيئاً في أموال الناس إلاّ أن تطيب نفس مالكه وما أحلّه له إلى مدة معلومة أو حياة أهله أو حياة المحلّل له فذلك جائز. وما أعطوه من أجله له إلى مدة وقدر معطاة على أخذه قبل موت المعطي فذلك له، وإن لم يقدر على أخذه إلاّ

(1) في أ و ب: بالجزيرة.
(2) في جميع الأصول: حبس أو مخزن.

بعد وفاة المعطي فقول ابن القاسم إن العطية تبطل وقول أشهب وأكثر أصحابنا إنّ حوز الغاصب ملك للمعطي ولمن أنزل ملك غيره أن يسلكوا طرقات ذلك الموضع ومساجده وكل موضع كانت العامة تسلكه، ولهم الاحتطاب من المواضع التي يحتطب بها العامة ويزرعون في ما لا يزرعه أحد. كما كان لمن يسكن بين ظهراني قوم ويشربون من مائهم وكما لم يمنعه بعض القوم من بعض فلهم من ذلك ما كان لهم. ومتى وجدوا السبيل ولم تكن تطيب له سكناه لم يجز له أن يقيم بذلك الموضع.

قلت: نحو هذا ما في المدارك[1] أو غيره عن عيسى بن مسكين حين ولاه إبراهيم بن أحمد الأغلب قضاء القيروان وأسكنه برقادة فكان لا يأخذ من مسكنه إلاّ قدر كفايته وما يضطر إليه من قضاء الحاجة والاستقاء من البئر للطهارة والشرب وقوته من قريته بالساحل وهي التي أقْبِرَ بها[2]، وزرناه.

وحكي أنه مرض كاتبه في الأحكام ابن البقاء وهو يسكن معه في الدار فلم يعُدْه وبقي أشهراً حتى كُلّمَ في ذلك وسأله أبو سعيد حفيد سحنون عن منعه من ذلك. فأجابه بعد تراخ بأنه ببلد مغصوب فلا يريد أن يمشي فيها إلاّ لما تدعو إليه الضرورة خاصة، فهو سبب منعه من عيادته.

وفيه: عن أبي سعيد بن هاشم وكان من أقران ابن أبي زيد أنه كان يمشي في أرض صبرة بالقيروان فحانت الصلاة فنزل وصلى فيها، فقال له بعض من حضره: أليس الصلاة فيها لا تجوز كالصلاة في الدار المغصوبة؟ فقال: لأن الدار محجورة بخلاف هذه.

وهذا مثل ما ذكر في هذا السؤال [92 ب] في الأرض التي لا يزرعها أحد فله الزراعة فيها أو لعلها مملوكة فله السلوك فيها والصلاة أحق. وكانت أرض صبرة أملاكاً للقرويين حتى نزل فيها المنصور واختط فيها بلد سكناه سمّاه بصبرة والمنصورية ومنعَها أهلَها، ومحلها اليوم خراب، وحكمها حكم الفيء كما تقدم

(1) هو من تأليف القاضي عياض في تراجم المالكية.
(2) في جميع الأصول: أخبر بها، والإصلاح مقترحٌ.

للداودي. ولقد أقطعني أمير إفريقية ـ رحمه الله ـ منها أرضاً في وسطها وقد حبّستها لبعض رباطات القيروان.

وفي أسئلة عز الدين: وأما المرور في الكروم ونحوها، فإنها إن انتهت إلى حد جرت العادة المطردة بالمسامحة في المرور فيها جاز العبور فيها، وإن لم تنته العادة إلى ذلك أو شك فيه لم يجز العبور فيها.

قلت: ومثله في هذا الزمان رعي الحيوان في أملاك الناس، فإن انتهت العادة في المسامحة فيها كأرض البياض أو بعض خلاء رسوم بيت المال فجائز، وإن لم تنته أو شك وهم الأكثرون فلا يجوز.

وفي نوازل ابن رشد: في مؤدب لأولاد أمير أعطاه حانوتاً يُقرىء فيه وهو مغصوب فأراد أن يطيب نفس مالكه بكراء يوقعه له، قال: لا يجوز ذلك ويجب عليه الخروج منه حتى يتمكن منه صاحبه بخلاف ما حكاه الداودي لأن هذا باختياره. وما حكاه الداودي هم مضطرون للسكنى به. ويأتي إن شاء الله مزيد بيان في مسائل الغصب.

وسئل المازري عمّا جرت به عادة أهل سوسة في أن أكثرهم لا يغيب عن سوق الغزل حتى صلاتي الظهر والعصر فيُنْفَذ وراء الخصم حينئذ ممن هو بالسوق المذكور، هل يجب عليه الانقياد حينئذ أو يمنع من الانقياد مع أن تأخيره لا يشق غاية المشقة، كما ذكر في الطين والمطر بعد المغرب، أو ينظر إلى عين كل نازلة، هل قصد الطالب ببعثه الضرر حينئذ أم لا؟

فأجاب: أصل هذه المسألة الموازنة بين ضررين فمن علم قصد الضرر بالمطلوب بالبعث إليه في هذه الساعة فلا يمكن منه، ومن يلحقه الضرر بمعاودة القاضي وفي انتظاره ضرر ولم يتفق طلبه إلاّ تلك الساعة والإضرار به في التأخير أشد من إضرار خصمه فيحضر له حينئذ إلاّ أن يكون عادة المتعاملين عدم التحاكم حينئذ فيعاملون بما دخلوا عليه، ومع عدم العادة فالأصل ما تقدم.

وسئل عمن طلبت بثمن دار اشترتها عند القاضي فذكر من ناب عنها أنها اليوم مشغولة في وليمة ولدها، هل يكون عذراً لتخلفها عن مجلس القاضي أم لا؟

فأجاب: إذا لحقها الضرر البين في إحضارها اليوم ونحوه أُخِّرتْ، كما قالوا لي عدم انتصاب القاضي في المطر الشديد والطين وتشييع الحاج لضرر من يُدعى حينئذ، هذا إذا أثبتَ العذر.

قلت: فرق بين العذر العام والخاص، بدليل مسألة الجوائح في الأكرية العامة والخاصة، وعليه لا يلزم منع القاضي الأحكام في العذر العام أن يكون ذلك كذلك في العذر الخاص بأحد الخصوم.

وسئل عمن موّت بالتعمير فاستفتي القاضي في المسألة فمات قبل خروج الجواب بالحكم لميراث ربعه لمن يستحقه فحكم القاضي بموته حينئذ، هل يكون لورثة المتوفى زمن الاستفتاء شيء أم لا؟

فأجاب: لا يرثه إلاّ الحي يوم نفذ الحكم بموته لأن تمويته ببلوغ السبعين فيه خلاف مشهور، وهي مسألة اجتهاد فلا يتحقق الحكم إلاّ بعد نفوذه وإمضائه.

قلت: كذا وقعت الفتيا في هذه المسألة من شيخنا الإمام ابن عرفة ـ رحمه الله ـ واحتج بظاهر مسائل المدونة ومن شيخنا القاضي أبي العباس بن حيدرة محتجّا بالظاهر وبما وقع في تعليقة أبي حفص العطار [93 أ] ونصه: إذا فُقد ابن ستين سنة فرُفع أمره إلى الحاكم بعد عشرين سنة من يوم الفقد فكان قد مضى من عمره ثمانون وكان قد مات له ولدٌ قبل الرفع بخمس سنين في وقت كان مضى من عمره خمسة وسبعون سنة فإنه لا يرثه ولده، وموته إنما يقع يوم الحكم، وإن كان القاضي الذي رفع إليه ممن يكون عنده العمر سبعين فإنه لا يموّته إلاّ بعد تمام الثمانين فلا يحكم بأنه ميت قبل ذلك، لأنه لعله كان يرفعه إلى غيره قبل ذلك فلا يموّته، ولا يقع فيه موته إلاّ بالحكم.

وسئل عمن يتولّى طبع العيارات ونحوها بطبع القاضي، وحضرة الأمين فوجد عنده طابع مثل نقش طابع القاضي وأنه يطبع به لغير الأمين، ما حكمه وقد سجن؟

فأجاب: إذا كان مأموناً غير متّهم بتدليس المكاييل ولا يطبع بما يعمل الناقصة فيضر بالناس وهو ممن يجهل هذا ويظن إباحته فقد يكفي في زجْره السجن المذكور ويُهَدد إن عاد، وإن كان غير موثوق به متّهم بطبع المكاييل الناقصة والتدليس بها ويعلم أنه من مصالح المسلمين العامة ممن يقصرها القاضي على من يوثق به فيؤدب بقدر الاجتهاد. فالمجترى المتحامل يؤدب بالحبس والضرب وغيره بأخفّ من هذا مما يجتهد فيه. والأدب في هذا مما يجب النظر فيه لكونه من الضرر العام بالمسلمين.

قلت: ومثل هذا مما وقع بمن اتهم بضرب الدراهم والدنانير المدلسة. وقد كان شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ شدد فيه أقوى التشديد وأفتى في من اتهم بذلك أن يُخَلَّد في السجن حتى يموت، وكذلك فعل، بقي في السجن حتى مات، فيه. وقد تكلم فيه شيخنا أبو الحسن البطرني ـ رحمه الله ـ بالشفقة وكنتُ رسوله إلى شيخنا المذكور فأبى أن تُقطع فيه يدٌ وقال: هذا أشد من قطع الدنانير والدراهم التي ورد فيها النص عن ابن المسيب أنه من الفساد في الأرض. وهذا ينظر فيه بحسب قوة ما يترتّب عليه من عموم المفسدة وضعفها فبحسبه يكون الأدب لا يحسم المادة ويردّها.

وسئل أبو القاسم بن مشكان عمن طالت غيبته ببلد بعيد جداً وشاع موته وكانت، عليه وثائق ديون بالعدول وقال فلان مصدق في سائر ديونه المذكورة من غير يمين ولا علقة، وكان بينه وبين صاحب الدين المذكور زيت شركة غائباً فكتب له المطلوب المذكور أنه باعه بكذا وخط المديان معروف، فهل تمام البينة على إقراره بثمن الزيت المعروف وللغائب ربع ببلده وأم وإخوة لأب، فأراد رب الدين بيع ربعه لطول غيْبته، وأخذ حقه، وأرادت الأم النفقة لفقرها، فهل يباع الربع بغير إثبات الدين المذكور أم لا؟ وهل يقضى دينه منه ويحلف عليه أم لا؟ مع أن الإخوة يصدقونه كما فعل الغائب، فأرادت الأم تحليفه فهل يحلف لها ويقضي بالنفقة في هذا الربع أو ما فضل منه عن الدين أم لا؟

فأجاب: اختلف المذهب في تصديق الغريم في قبض الديون دون يمين

دعوى القاضي، فقيل يوفى له، وقيل يلزم في من يتهم دون غيره، ورأى بعض أشياخي أن سقوطها خلاف مقتضى الشرع لا سيما إذا أنكر صيرورة المال لغير المسقط، فإذا توجّه البيع بعد إثبات الدين وتحصيل ما يجب وفاء لصاحب الدين وقُضيَ للأم بالنفقة، والأصل الحياة حتى يتيقن الموت، وإذا حُققت الوفاة كما يجب وُضع الإنفاق من يوم تحقيق الوفاة لمستحق.

قلت: قوله: الأصل الحياة، هذا أصل مختلف في من عليه دين وهو غائب وثبت له ميراث هل يقضى منه دينه أم لا؟ انظره في وثائق المتيطي وغيره.

وسئل بعض الشيوخ في من عليه ديون فطُلب فادّعى الفقر فسُجن نحو العشرين يوماً لإثبات حاله، فشهد قوم بفقره فأخرجه وضرب للغرماء أجلاً في الإعذار للشهود فهل يرده في السجن أو لا يأخذ منه حميلاً؟

فأجاب: [93 ب] الأمر للقاضي وما يظهر له من حال المسجون.

وسئل المتأخرون عن بئر في أرض بجزيرة قرقنة يحدها قبلة البحر والغربي أرض عرفت بعقدة المغاربة والجبلي أرض عرفت بعقدة العيون، وليس على البئر سانية ولا عمل يحتاج السقي منها، وللناس زمان طويل يستقون ويسقون ماشيتهم. فلمّا كان الآن تضرر صاحب البئر من الناس وأراد منعهم فقام عليه قائم فقال: الناس يستقون منها زماناً طويلاً وليس لك منعهم، فقال: ليس تركي للناس مما يُخرج البئر عن ملكي، وإنّما تركتُه لعدم الضرر ولعدم حاجتي. وأقام نحو العشرين رجلاً منهم المقبول وغيره بأن البئر والفرز[1] الذي حولها من كل ناحية من أملاكه، قال رجل: من البينة كان إذا عدم الماء يمنعها من الناس وينتحونها وقتاً بعد وقت. وقال الآخر: بل للمالك منعه وطرده منها. وقال بعض البينة: إن البئر سالت إلى حين شهادتهم. وقال ورثة البائع: لم يقم علينا أحد ولا على مورثنا في البئر من أهل الجزيرة غيركم ولم يقيموا بينة على حبس ولا سماع. وأقام المحتسب بيّنة نحو الأربعة عشر رجلاً بأنهم يعرفون البئر وأن

(1) في ب: الغور: وفي ج: القدر، وفي أ: الفرز وهو المنخفض من الأرض بين ربوتين.

سائر الناس يسقون عليها من البحريين والصيّادين حتى من الإسكندرية أهلها وغيرهم، وما علمنا لأحد عليها ملك وبين البئر والبيوت فيها قبور ومساجد يصلى فيها وقبلة البئر جسر بينه وبين الغدير حجارة فرقت بينهما وشرقي البئر طريق مسلوكة فيتأمل سيدنا ما قامت به كل بيّنة وما العمل عليه فيها؟

الجواب: شهود من قطع بالملك أولى مع العدالة وكيفية الملك وأثبتوا بعملهم ما لم يعلمه غيرهم، ومَن علِم أولى ممن لم يعلم، مع أنهم قد يكونون متفقين ويكون أهلها لم يمنعوا من وارد برضاهم مع ما يورد من أخبار بعضهم بالمنع لا سيما إن كان بحضرة هذه الشهود وتصرف ربها تصرف الملك في ملكه ولا مانع يمنعهم من الإنكار.

جواب ثان: إذا ثبت بالعدالة أنها من أملاك البائع فهي له وتركه للناس يسقون في بعض الأقات لا يخرج ملكه عنها، إلاّ أن يقصد به التحبيس فيلزمه ما التزم، وما احتج به القائم وأثبته لا يوجب رفع الملك إذا كان أصل الأرض مملوكاً بوجه جائز من إحياء وغيره وجرت عليه الأملاك.

جواب آخر: ما شهدت البينة بملكه أولى إذ ليس في شهادة الآخرين ما يزيل ملكه منها ولا يضره تركه للناس يستقون منها إذا استغنى عنها سواء كان صدقة أو تحبيساً متى احتاج إليها رجع فيها ومنع الناس منها، إلاّ أنه يستحب له ترك الناس يستقون، ويجوز له بيع مائها، وهذا نص الرواية.

جواب آخر: بيّنة الذي شهدت بالملك أولى ولا يصح الاعتراض على الملك مما احتج به القائم.

وسئل أيضاً عن رجل له أرض وفيها فدادين لقوم من الحضر يسلكونها بطرق لهم ويصلون إليها بطريق من أرض صاحب الرجل فنهاهم مرة فلم ينتهوا فتركهم لاعتقاده أنه لا يثبت لهم عليه طريق بذلك. فلما كان بعد زمان حازها لملكه وبنى في وجهها بنياناً منع منه المارة عليه فبعد سبعة أشهر هدمها أصحاب الفدادين وقالوا: لنا حق فيها لتركك إيانا الزمن الطويل، وطلبوا خصومته، وامتنع حتى يردوا بناءه كما كان، فهل لهم فيها حق أم لا؟ وهل عليهم إعادة

البينان قبل الخصومة أو بعدها أم لا؟ ولهذا الرجل بئرٌ قد أحاطت به أرضه من كل جهة فقام عليه أهل الفدادين وقالوا إنها مشاعة لجميع أهل الأرض فهل لهم فيها حق أم لا؟

فأجاب: أما البئر فلا حق لهم فيها إلاّ أن تقوم لهم بيّنة فيها بحق قديم معلوم. وأما الطريق فله بناؤها وقطعها عنهم ولا حجة لهم في تركه إياهم يمرون عليها لتساهل الناس وليسارته عليهم واستغنائهم عنه، فله قطعها متى أراد إلاّ أن يكون طريقاً واضحة جادة وطال زمانها الخمسين [94 أ] والستين سنة ويقطع الانتفاع بها ولا تزرع، فلا تغيّر حينئذ، وعلى ما وصفت له زوال ذلك وعلى من هدم الحائط بناؤه وردّه ولا يجوز لهم ما عملوه، وهو قول أصحاب مالك ونصّ أهل العلم.

جواب آخر: لصاحب الرجل منع من أراد التصرف في ملكه، وعليهم بناء ما هدموا إلاّ إن أثبت المنازع ملكاً فيكتب ليُنظر فيه أو تكون الطريق المسلوكة إلى الفدادين محجة كبيرة لسائر الفدادين وطالت السنون على ذلك، والبئر لصاحب الرجل إلاّ أن تثبت منازعة فيها.

جواب آخر: إن أثبت رب الأرض بالبينة أن الطريق من أملاكه فله منعهم وإلزامهم قيمة ما أفسدوا من البناء، وإن لم يُثبتْ ذلك وكان لأصحاب الأرضين طريقٌ غيرها هي أقرب توصلهم إلى أرضهم وأسهل عليهم وسلوك هذه يضرّ برب الأرض فله منعهم إذ لا ضرورة في ذلك والبئر لمن هي في أرضه إلاّ أن تشهد بينة بإشاعتها لجميعهم.

وسئلوا عمن اشترى أرضاً بجريزة قرقنة فبقيتْ بيده ما شاء الله ثم حظرها بالبناء وقطع بهذا البناء طريقاً صغيراً كان يمرّ فيه بأرض جيرانه، ثم بعد سبعة أشهر من بنائه قاموا عليه وهدموها وزعموا أنها حق من حقوقهم كانوا يمرون عليها لفدادينهم وللبحر في زمن البائع وعليه ولم ينكر ولم يدخل هو على شرائها إلاّ عليّ. فقال المشتري: أما أنه ليس لكم عليّ مرور وإنّما كان ممراً صغيراً لا ضرر على جوازكم إذا لم تزرع الأرض، وليست بمحجّة كبيرة حتى

يثبت لها حق الطريق، ولما احتجتُ إليها قطعتُها ومنعتُكم. وأما البائع لا أدري هل كنتم تمرون عليه ويمنعكم أو لا يمنعكم؟ ولم يعلمني بشيء من هذه الطريقة ولا اشترطَها عليّ حتى يكون حقاً لكم عليّ، وليس لكم عليه حجة بمروركم وسكوته، فعليكم إثبات أنها طريق وأني دخلت على أنها طريق ولأجل صغر الطريق تارةً يكون من هذا الفدان وتارةً من غيره فليس ضرره بمقيم ولا ثابت، فهل يكون الإثبات على أصحاب الممر أو المشتري؟

الجواب عنها: للمشتري قطعها ولا حجة لهم بمرورهم فيها وإن طال الزمان ولا يكون طول الزمان حجة، إنّما يكون الطول حجة لو كان الطريق مَحجاً يركب من غير وجه، لا مثل هذه المختصرة. وقاله العلماء وللمشتري القيام كالبائع، ولا يُشْبِه هذا من باع داره وقد أحدث عليه جاره كُوىً أو مجرى ماء.

جواب آخر مقدم عن هذا الجواب وهو لسحنون نص في المجموعة وقد سئل عن طريق الفدادين فقال: هذا كثيراً ما يختصم فيه أهل المنازل وربما قطع الحرث الطريق وربما نسوها في ذلك لاستغنائهم عنه. فإن كانت هذه الطريق من هذا فلا حجة على صاحب الأرض فيها إلاّ أن يكون الطريق الحافلة الواضحة يطول زمانها الخمسين والستين سنة وينقطع الحرث عنها، فهذه لا تُغيّر ولا حجة لصاحبها فيها. وأما طريق الفدادين المختصرة فلا حجة لهم فيها ولصاحب الأرض قطعها ومنعهم منها. هذا معنى كلامه وهو الصواب وقد أبان الحجة فيها. وما ذكرتَ من بيع الأول عليه فعلى المدعين إثباته فيُنْظر فيه، فإن أثبتوا بيعه والطريق فيه لم يتعرّض لها ولا حرثها وقطع منفعة التصرّف فيها فبيعه تسليم وسقط كلام المشتري لشرائه على ذلك وتسليم البائع لها، فالمشتري مثله. وإن كان البائع ربما قطعها وحرثها ومنع التصرف فيها فلا حجة للمدّعين[1] فيها وللمشتري المنع وعلى المدعين إثبات التصرف فيها. وهذا كله في الروايات والنص وهو الصواب.

(1) أربع جمل سقطت من أ.

قلت: تقدم الكلام في هذه المسألة. ووقعت بالمهدية في مسألة ممرّ في خربة حتى صارت طريقاً ثم قام صاحبها بعد طول زمان وأراد قطعها وبنيانها فأفتيتُه بذلك واستدللتُ بمسألة الحجرة وبمسألة كتاب الأيمان منها من قوله فهُدمتْ حتى صارت طريقاً ثم بُنيتْ فصارت داراً كما كانت. إذ ظاهرها أن ذلك له ولا يمنع ردها لما كانت عليه. ونفس [94 ب] المرور فيها يجري على ما تقدّم.

وكذا وقع بتونس في رسم يُنسَب للأدفونش[1] من رسوم المخزن، وقد نزلت فاحتج الخصم بأنه صار طُرُقاً منذ الوباء الأول وذلك قريباً من تسعين سنة. فأجبتُه بأن ذلك لا يوجب كونه صار طريقاً مباحة لما تقدم، ولأن الممرّ كالحبس لا تُحاز عليه الطريق أصلاً.

وقوله في بعض الأجوبة لا يُشبه هذا «من باع جاره» إلى آخره يريد: لأن الذي عليه العمل أن لا مقال للمشتري في ذلك بدخوله على ضرر مقصود، بخلاف هذه، إذ ليس ذلك بمدخول عليه لا من بائع ولا من مشترٍ. وفيها قول آخر إنه يثبت للمشتري ما كان يثبت للبائع في الطرر وغيره.

وسئل بعض الشيوخ عن قطعة أرض هي شرقي جنان وأرض وشجرة، وهي محيطة بها وهي مساق لهذا الجنان والأرض والشجر. فادّعى رجل من الجيران نصيباً من هذا وطلبه بإثبات ملك جميعها، فقال الآخر: العيان يشهد لي أن قطعة الصفا لي لكونها تساقي الأرض وهي محيطة بها، فمن عليه الإثبات منهما؟

فأجاب: إذا كانت البقعة المتنازع فيها مسقى للمحيطة شجره بها وأرضه فهي في يده وحوزه، ومن ادعى منهما شيئاً فعليه البينة.

قلت: وقعت مسألة ببعض رسوم تونس: وهي أن رجلاً نزل أرضاً من بعض ما أذن له الإمام، فأنزله وكانت بإزائه أرض للإنزال فيها صفات ملاصقة لجار المنزل فجعلها مَسْقى لحائطه. ثم قُدر أن نزل آخر ما يقابل هذا الحائط

---

(1) هو الاستعمال العربي لاسم «ألفونس» من أسماء ملوك النصارى، وقد تورده بعض المصادر باسم «الأذفونش» وتارة باسم «الفنش»،

وجاءت الصفات في طريق رسمت الرسوم فوقها. فقال الذي أحيى الأرض للثاني: لي حق فيها لأن فناءها لي ولك أيها الجار، فليس لك أن تستقلّ بمائها. فوقعت الفتيا بأن الثاني إن كان في مظنة الإحياء فالمسقى للأول إلاّ قدر ما يركب موضعه من فنائه وما وقع من الرواية يشهد لذلك وهو: من أحيى أرضاً وساق إليها ماء من أعلى الجبل ثم جاء آخر وأحيى فيها بينه وبين رأس الماء فالماء للمحيي الأول، لكونه جازه.

قال المازري في تعليقه على أحاديث الجوزقي: وأخذ من حديث الزبير مع الرجل الأنصاري، فيُنظر فيه.

وسئل المازرى عن طريق بين مالكيْن فأراد أحدهما أن يبني على طرف ملكه ومنعَه الآخر، فقال: ليس لصاحب الأرض البناء على حَدِّه، ولو بنى وبنى الآخر على حدّهِ انقطعت الطريق تُتْرك الطريق من حقهما جميعاً لكل واحد النصف ويُهدم ما بُنِيَ ولا يضر سكوت الآخر.

سئل بعض الفقهاء عمن فتح باب دراه في آخر خراب فنازعه الجيران فالتزم عدم فتحه في المواضع المذكورة ثم اشتراها آخر وأراد فتح الباب المذكور فمنَعَه الجيران واحتجوا عليه بتسليم البائع لهم.

فأجاب: إذا أسقط الفاتح حقه في المحجّة والتزم لمخاصمه ما ذكرتَ فهو حق من حقوقهم لا مقال للمشتري ولا غيره فيه لتَنَزلهم منزلته. فإن باع ولم يتبيّن كان للمشتري الرجوع عليه بما ينوب ذلك من الثمن.

وسئل ابن أبي زيد عمن له علوي على طائفة من دار آخر، فكان ماؤه ينزل إلى ماجل رب الدار وقال: لي فيه حق ينزل في ماجلي، فمن يكون القول قوله؟

فأجاب: لصاحب العلو أن يصرف ماءه حيث شاء بعد يمينه أنّ مصرفه لصاحب السفل لم يكن بحق. وقال ابن شبلون: الماء لصاحب السفل لمنفعته به ولا يصرفه صاحب العلو.

وسئل ابن الصائغ عن جدار بين جنّتيْن يسقط وبناؤه ضروري ويعجز أحد

المالكين عن رده ويمتنع الآخر من البناء معه، هل يجبر أم لا؟

فأجاب: إذا كان الاصلاح كما ذكرت أجبر على البناء من أباه وأجاب أيضاً عن إحداث البناء للضرورة الداعية إليه [95 أ] ، هل يجبر عليه من أباه؟ فإن البناء إن كان يصون أملاكهم وتركه يفسده ويتلف ما فيها أجبِر عليه من أباه، وهو من صيانه المال وتضييعه ليس بصواب.

وأجاب اللخمي عن مثله: إن كانت صيانة لهما ولا تجحف النفقة بواحد منهما أجْبر على البناء، وإن أجحف بأحدهما لم يُجبر المجحف، وإن كان لا يجحف بهما غير أن الآبى لا يصان به لبقية ربعه بغير بناء وإن تكلف النفقة أجحف به وعظمت نفقته لم يجبر.

وفي موضع آخر: وسئل اللخمي عن حائط فاصل بين جنتيْن يعمل السدر أو الشوك لدفع الضرر فيدعو أحد الرجلين الآخر للبناء فيقول من شكى بالضرر فليَبْنِ، ولا يريد النفقة معه في الطابية والبناء، وكيف لو لم يتقدم في هذا بناء ولا طابية فأراد أحدهما إحداثها، أو كان حائطاً فانهدم؟

فأجاب: إذا كان بين الجنتيْن حائط وانهدم وبقاؤه مهدوم يضرهما فمن دعى إلى إعادته فالقول قوله. وقد اختلف في هذا الأصل، والذي أقول به ما ذكرت لك. وكذا الحائط بين الدارين، وفيه وقع الخلاف. وإن كان الضرر ينال أحدهما فهو على من ينال منه الضرر دون صاحبه. وإن لم يكن حائط فليس على من أبى أن يحدث حائطاً إلاّ أن يكون الضرر على صاحب الجنات بعضهم من بعض، فالقول قول من دعى إلى التصوين والبناء.

وسئل عن قنطرة يجاز عليها إلى جنات ومزارع والجنات تليها ولهم رسم من الماء أكثر مما لأهل المزارع فربما هدم الماء القنطرة أو بعضها هل هو على جميع من يمرّ عليها أو على أصحاب الجنان والمزارع بقدر نفعهم بالماء.

فأجاب: مثل هذه المسألة يجتمع جميع من ينتفع بهذه القنطرة ويتفقون بينهم في النفقة عى قدر النفع بها. والحكم إن تشاحّوا أن يجمعوا أهل المعرفة بالرباع فيقدورن ما ينتفع به كل واحد منها من جريان الماء على القنطرة ويفرضون

على كل واحد بقدر نفعه، وهذا قد يتعذر والإصلاح بينهم أوْلَى.

وسئل عن مرج فيه بساتين وزرع وهو محصن من بعض الجهات ومسّرح من أخرى حتى أنه يصيب بعض أهل المرج الغارة، فألزمهم الوالي بضرب طابية من الناحية المختصة. ثم بعد ذلك أرادوا ترديم هذه الجهة، وطلب أهل الأطراف أهل الوسط نصيبهم من ذلك كما فعل بالطابية الأولى فامتنعوا وقالوا: الضرر إنّما ينال الذين يلونها فهم يعملون ذلك. وربما أصابت الأمطار تلك الطابية فتنهدم وربما أفسد الماء بعض أرض من يلي الطابية المذكورة وينقل ترابهم أو تراب الطابية إلى غيرهم من أهل وسط المرج فيطلب أهل الأطراف أيضاً إصلاح ما انتابهم من الطابية وإصلاح أرضهم التي نقل التراب عنها فيمتنع أهل الوسط من ذلك كله.

فأجاب: هذه المسألة كمسألة القنطرة التي تقدمت. النفقة في ذلك على قدر انتفاع كل صاحب ملك بما انتفع به ملكه. فإن كان الضرر يصيب مَن قرُب من ذلك أكثر ممن بَعُدَ فعليه بقدر ذلك، ينظر فيه أهل المعرفة بتقدير النفع. والأصلح أن يجتمعوا ويتساعدوا ويتركوا التشاحح ويتمالوا. ومن أراد الخلاص في ما بينه وبين الله فليزد على نفسه وينفق أكثر من غيره وهو يسيرٌ على من أراد السلامة.

وسئل عن طين الأسواق والحارات هل يلزمهم رفعه؟ وعن الماء النجس ينزع من الآبار فيضر المارّة؟

فأجاب: إذا كان في زوال ذلك مصلحة أجبروا على زواله ويزيل كل قوم ما يقابلهم، ويمنع إجراء النجاسات في الطرق، وفاعل ذلك مأثوم. وكذا لابن الحاج قال: يَمنع القاضي جري المياه والأوساخ في الأزقة ويأمر بتسعير الطعام والخبز في أوقات الحاجة ويجعل من الربح بقدر ما يرى. وهو قول ربيعة. وكان الليث يأمر بضربهم إذا تعدوا [95 ب] قيمة السلطان ويكسر الخبز إذا وجده ناقصاً فيباع بالوزن ويتقدم لصاحبه ألاّ يعود فإن عاد أدّبَ، وإذا رأى حائطاً مائلاً يُخاف سقوطه أمر بهدمه ولم يسأل أصحابه أن يحضروا وينفق في ذلك من مال أربابه فإن لم يوجد لهم مال أو كانوا غُيّباً وإن كان لصغير تقدم لأبيه أو وصيه،

فإن أسقط ولم ينتظر في ذلك فالضمان لما أفسد الحائط علهيما في أموالهما.

قلت: تقدم بعد مسائل التسعير والحائط المَخوف.

وأفتى في أحكام السوق فقال: طين المطر يكثر بالأسواق وربما أضر بالمارة والحمولة فلا يجب كنسه على أرباب الحوانيت لأنه ليس من فعلهم فلو جمعه أصحاب الحوانيت وسط السوق أكداساً فأضرّ بالمارة والحمولة وجب عليهم كنسه.

قلت: وعلى الأول فهل هو على المكترين وأرباب الأملاك، عندي إنه يتخرّج على كنس المراحيض وما فيها من الخلاف والتأويل من الفرق بين ما كان فيها أو ما يكون، والفرق بين دار الفلاة المعدة لذلك كالفنادق وغيرها. وأما لو اجتمع طين المطر في كناسات أو أنقاض فلا خلاف عنده أنه على صاحب الكناسات أو الأنقاض إذا كان ذلك باختياره. ويأتي لابن أبي زيد غير هذا. وأما لو نقله السيل إلى محلة قوم أو وسط الطريق فيأتي على مسألة إذا نقل السيل تراب فدان أو زرْعه إلى فدان آخر. انظرها في آخر الدور منها وفي الطرر.

وسئل بعضهم عن الذي يؤذيه دجاج جاره في مزرعته.

قال: على الجيران أن يمنعوا دجاجهم ويقصورها عنه والنحل كذلك، وهذا إذا كانت الدجاج طائرة لا يُستطاع الاحتراس منها، ولو كانت مقصورة فهي كالماشية، وكذلك البرك[1] مثلها في الفساد إلاّ أن تفلِتَ بالليل فلا شيء عليه وعليه بالنهار الضمان. وإن عقر منها صاحب الزرع شيئاً ضمنه.

وسئل السيوري عما أفسدتْ الغنم، هل يؤثم عليها ربّها وهو يوصي الراعي بالتحفظ ويسكنه بها لحلْبتها؟ وهل الحكم متَّحد كثرت الغنم أو قلّتْ أم لا؟ وإذا اتّحد الحكم، هل كان الراعي مشتركاً أم لا؟

فأجاب: يأثم رب الغنم في ما أفسده ولا ينفعه تمسّكه بالحلبة، ولا فرق بين القليلة والكثيرة والاشتراك وعدمه قليلاً كان الأذى أو كثيراً، لكن يفترق

(1) نوع من الإوز.

الحكم في قلة الإثم وكثرته. وأمّا ما فسدت الغنم فالضمان على الراعي ورب الغنم يضمن منها ما أحب.

قلت: إن كان يعلم أو يظن أنها تضر الناس فالحكم كما قال لأنه دخل على أذى الناس، فإن لم يدخل على هذا ولم تجْرِ به عادة فالصواب أن لا إثم ولا ضمان وهما على الراعي وهو المباشر. كما ذكر في غير هذا. وعن ابن القاسم ما أفسدت بالليل فضمان ذلك على أهلها من الحوائط والزرع محظر أو غير محظر، والزرع وجميع الأشياء في ذلك سواء. وليس لأهلها أن يخرجوها في قرى الزرع من غير ذوَّادٍ يذودها حتى تخرج عن الزرع، فإذا بلغوا المراعي والمسارح همّلوها، فما شق منها إلى الأجنة والزرع فعلى أصحاب الأجنة والزرع دفعها. وما أفسدت بالنهار فعلى أصحابها محظراً كان أو غير محظر. وبه أفتى شيوخ المتأخرين في إوز تعدت على زرع رجل فتذهب ببعضه إذا أخرجها إلى مسرحها وعدَتْ على أحد بعد ذلك فلا ضمان على صاحبها. وإذا أطلقها من باب داره ولم يخرجها إلى المسرح ضمن وكذا جميع البهائم.

ابن حبيب عن الشعبي: دخلت شاة بيت حائك وأفسدت عمله فرفع إلى شريح فقال ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ﴾(1) الآية، ولا يكون النّفْش إلاّ بالليل.

وفي الكافي: إذا انفلتت ليلاً أو نهاراً فوطئت على رجل نائم فجرحتْه أو كسرتْه أو قتلتْه لم يكن على صاحبها شيء وهو هدر جبار. وكذا ما أفسدت المواشي بالليل والنهار من الأمتعة وسائر الأموال من الثياب وغيرها ما عدى الزرع والجنات والكروم.

وفي الطرر أيضاً: لو رعى الرعاة بالدولة لكل ليلة راع فطرقت البقرة فأفسدت الزرع إن غفل [96 أ] الراعي أو فرّط فالغرم عليه، وإن سبقته وقهرته وعلم الناس بذلك فعلى أرباب البقر.

---

(1) سورة الأنبياء، الآية: 78.

ابن الحاج: إذا أفسدت الماشية زرع رجل فلا ينجيه دفعها إليه، ولو خشي رب الزرع ما جاز حتى يغرم القيمة من الذهب أو الورق. فإن اتفق أن يأخذ منه في ذلك طعاماً مؤجلاً أو معجلاً جاز معجلاً نصف الزرع ولا يجوز مؤجلاً، لأنه دين بدين وسواء كان الزرع ربيعاً أو محبباً الربيع ليس بطعام والمحبب جزاف، ولو كان مما يمكن خرصه كان عليه مكيلة الخرص، ولم يجز أن يأخذه منه طعاماً مؤجلاً.

وفيه إذا ثبت ضمان ما أفسدت الماشية من زرع رجل بالليل فعن ابن رشد: يظهر لي أن ذلك يتعلق بالرعاة دون أربابها لأنهم أهملوها. وأشك أني سمعت أبا الحسن بن حمدين يذكر مثل هذا، ويحتمل أن يتعلق الضمان بأربابها لأنه عليه الصلاة والسلام قضى بالضمان على أرباب الماشية، وحكم داود عليه السلام والراعي أجير مؤتمن فيحلف أنه ما ضيّع ولا فرّط ويضمن رب الماشية.

ابن الحاج: إن كان أهلها يتولون حراستها فعليهم الضمان في ما أفسدت بالليل وإن استرعوها فالضمان على الرعاة وإن غلبتهم ارتفع الضمان عنهما للحديث.

أبو عمران: من أطلق ماشيته في هذه السواحل حيث لا يُرعى فيها فهو ضامن لأنه يؤذي غروس الزيتون، وأما إن كانت هناك مزارع فإنه يوكل ربها رعاة يحفظونها حتى يخرجوا بها من الغروس وتبتعد إلى المراعي، فإن شدّ منها شيء إلى المراعي فلا ضمان عليه فيه وعلى أرباب الغروس دفعهم، وما أفسدت المواشي في المواضع التي يضمن فيها أربابها فهم يضمنون ما أفسدتْ وإن زاد على ثمن رقابها، بخلاف العبيد لأن التفريط من أرباب المواشي فهم المكلفون والعبيد يعقلون فجنايتهم على رقابهم مقصورة.

وفي الطرر عن يحيى بن عمر: في رجل كان مع غنم بين زرع وخاف فوات الصلاة أنه يصلي ويغرم قيمة الزرع إن أفسدته الغنم.

قلت: تتخرج عندي على مسألتين؛ مسألة إن وقف بعرفة خاف فوات العشاء الأخيرة، هل يبدأ بالوقوف أو بالصلاة أو يصلي سابقاً بناء على حفظ

وقت الصلاة أو تقديم حفظ المال، ومنه التيمم إذا كان لا يدرك الماء إلاّ بثمن على ما فيها من الخلاف، وزادوا عليه في شراء النعل وعنده خف إلى غير ذلك.

وفيه عن ابن عبد الغفور: رأيت في النوم أنه سئل عن الدجاجة تلقط لغير صاحبها.

فأجابه الآخر: إن كان ما قيمته الدرهم فما فوقه فتذبح الدجاجة فيأخذ ...[1] وما كان من دون الدرهم فلا شيء له على صاحبها. فأجبتُ أنا في النوم: إن كان ما فوق ثمنها فعلى صاحبها وما كان دون ذلك فلا شيء عليه له، فقال في غيرهما: أرأيتَ إن لم يؤد صاحب الدجاجة ذلك وكانت لؤلؤة تساوي دراهم؟ فقلت له: هذا على الاصطلاح فإن أبى ما ذبحَها. فتكلمت فيها مع بعض أهل العلم فقال: إذا أراد ذبحها دفع قيمتها إلى ربها إلاّ أن يُحبّ أن يأخذها مذبوحة.

وفي أحكام السوق: في الرجل يرش بين يدي حانوته فتزلق فيه دابة فتُكسر.

إن كان رشّاً حفيفاً فلا ضمان عليه، وإن كان كثيراً لا يشبه الرش خشيت أن يضمن.

وعن ابن أبي زيد سئل عن مسألة: إذا فتح باب داره فانكسر ما خلفه فإنه يضمن، وإذا وقد في التنور في داره فاحترقت دار جاره لا يضمن مع أن كلاًّ منهما فعل ما يجوز له بل هو في الباب أحرى لكون الفتح دائماً في الجواز.

فأجاب: بأن فتح الباب وقع هو والجناية معاً، والخطأ والعمد في أموال الناس سواء، وواقد التنور أوائل فعله جائزة وحدثت الجناية بعد ذلك فهو كمن يباشر الجناية بخلاف الأول.

قلت: حكى ابن سهل في نوازله خلافاً في مسألة فتح الباب هل يضمن أم لا؟ وسمعنا [96 ب] في المذاكرات: إن كان الباب الذي من شأنه أن يفتح فلا

---

(1) كلمة غير واضحة بالأصول.

ضمان، وإن كان الذي من شأنه أن لا يُفتح فإنه يضمن.

وفي تضمين الصنّاع منها: ولو مر حطاب بثوب على حبل الصباغ فخرقه ضمِنَ ولم يضمن الصباغ وإن كان الماء معدما[1] لأنه مما ظهر أنه بغير سبب الصباغ، لأن له أن يسترد الثياب، فلما نشره لم يكن لهذا أن يخرقه، كاصطدام الأحمال في الطريق. وكذا من أوقف دابة محمّلة في الطريق فصدمها رجل فكسر ما عليها أو قتلها لضمنَ، أو وضع قلالاً في الطريق فتعثر عليها رجل فتكسرت ضمن.

قلت: وظاهر هذه المسألة الأخيرة الضمان مطلقاً بناء على أن الإذن العام هل يعذر به في الخطإ أم لا؟ بخلاف الإذن الخاص. وأخذ شيخنا من مسألة النشر جواز نشر الغسّال الثياب في الطريق. ونزلت وحكموا بذلك فيها، قال: ومعناه عندي ما لم يضرّ بالمارة فيُمنع فإن وقع حيث يضر ضمن القاطع، وفي الصانع نظر لأنه فاعل السبب.

وفي الطرر: إن عمل رجل نار الرماد أو غيره بقرب أندر رجل أو فدآنه فأحرق الزرع وقامت البيّنة على المعاينة للحرق وعلى الموضع بالقرب من الأندر بالوقوف عليه وجب ضمانه على الحرز والتقدير للمشاقير وغرم مكيلة الطعام على الحرز والتقدير والتوسط بما يخرج من ذلك بعد الإعذار إليه في البينة بعد أن يحلف صاحب الزرع على عدد المشاقير التي كانت في أندره. قال غيره: لأن القول قوله إلاّ أن يأتي بما يشبه. ومن أجّج ناراً بقرب عمران أو فيه فأحرق شيئاً ضمن ذلك بتعديه، فإن كانوا جماعة وتراموا في طرحها حلفوا كلهم ومن نكل منهم ضمن وحده.

ومن نزل بيتاً بغير إذن ربه فأوقد فيه ناراً فاحترق البيت ضمن فاعل ذلك فإن تراموا فيه حلفوا وضمن جميعهم ومن نكل ضمنه. وإن كان بإذن ربه فلا ضمان عليهم إلاّ أن يتعدّوْا أو يكون البيت لا يوقد في مثله نار أو أوقدوه في غير موضع إيقاد النار.

---

(1) كذا بالأصول.

وعن ابن القاسم وأشهب ومالك إن أحرقت ناساً فديتهم على عواقلهم. ومن أوقد ناراً فاحترقت فإن كان أباحها الناس أو كان عرف البلد إيقاد النار فيها فلا ضمان على من أوقدها فيها. ولو كان من المصابيح والقناديل فما يجوز لساكني البيوت وعُمّار الأراحي والمطاحين فيها فعليه مما يستضاء به فلا يُعدَى عليهم في شيء من ذلك، إلاّ أن يتركوا المصابيح بغير إطفاء في غير الإطفاء عند النوم وشبهه، فيضمنون عند تضييعهم، وإنّما ينظر في ذلك إلى نحو ما يجوز فعله لفاعله.

ابن الحاج: كتب ابن أرطأة[1] إلى عمر عبد العزيز أن رجلاً أحرق[2]... من مراح له فطارت شرارة فأحرقت شيئاً لجاره، فكتب إليه عمر: قال عليه أفضل الصلاة والسلام «العجماء جبار» وفي طريق آخر قال «العجماء جرحها جبار وفي الركاز الخمس».

قلت: فيها من أرسل في أرضه ماء أو ناراً فوصل إلى أرض جاره فأفسد زرعه فإن كانت أرض جاره بعيده يؤمن أن يصل إليها ذلك إليها فتحاملت النار بريح أو غيره فأحرقت فلا شيء عليه، وإن لم يؤمن وصول ذلك لقربها فهو ضامن، وكذلك الماء. وما قتلت النار من نفس فعلى عاقلة من مرسلها، وظاهرها يقتضي أن القرب والبعد بحسب الاجتهاد وبعضهم قيده بالميل ونحوه، والصواب أنه راجع إلى قوة الريح وضعفها وقوة النار وضعفها.

أبو حفص: إذا اشترط رب الدار على المكتري أن لا يوقد فيها ناراً فأوقد فيها النار لطبخ القدر فاحترقت البيوت والدار وبيوت الجيران ضمِنَ، وأما المصباح فلا، لأنه ليس إليه يقصد بالنهي، وهو شيء لا بدَّ منه.

وسئل البرقي عمن اشترى داراً من الحاكم بموضع لم يعذر لهم ووصلوا وخاصموا في ما باعه الحاكم ثم مات المشتري قبل المفاصلة فاختلفوا[97 أ] في

---

(1) هو بسر بن أرطأة بن أبي أرطأة القرشي العامري. اختلفت المصادر في اسمه بسر أو بشر. انظر طبقات علماء إفريقية لأبي العرب ص7 الهامش الثاني.

(2) جملة مضطربة في أ و ج، وفي ب: بياض بمقدار كلمتين.

قسمه لأجل الخصومة، هل يقسم أم لا؟

فأجاب: لا تجوز فيه مفاصلة بميراث حتى لا تبقى فيه خصومة.

قلت: تقدم الخلاف في المدونة وغيرها في بيع ما فيه خصومة.

وسئل البرقي عمن توفي زوجها فقام يطلبها بعض ورثته عن أشياء وصاها بها، وعن أشياء من التركة لم يوصها بها وأشياء من قبلها لم يسمها فأنكرت الجميع وأرادت الحلف منها واحدة لأنها مطالب سالفة فتجمع عليها من التركة جميع ما يعلمه ويحلفها عليه وطلبت يمينه أنه ما يعلم من التركة سوى ما ذكر مما لم يسمّه لئلا يتكرر عليها اليمين مما لم يذكره أولاً. وقال الطالب: بل لكل دعوى من يمين لاختلافها في أصل الدعوى، فهل يعمل على قولها؟

فأجاب: كل دعوى ذكرها من قبل وصية ميت أو ادّعى كل من يستحق الدعوى على مطلب واحد فإنها تجمع وتحلف يميناً واحدة، وما وقع في المذهب أن دعاوى الميراث لا يلزم جمْعها فمعناه أن الوارث ربما كان لمورثه حق لا يعلمه حين القيام، فلو جمع في اليمين لادعى إلى إبطاله فيضر به. وإذا ذكر الوارث مطالب وسماها جُمعتْ في يمين ويبقى ما لا يعلمه حين القيام فيقوم به متى علمَهُ. وما طلبته من يمينه إن لم يعيّن مدعاه مما لم يسمِّه حتى يجمع عليها في اليمين فينبغي سؤال الوارث عنه. فإن أنكر قَوله وعلمه فينبغي تقييد الشهادة عليه ولا قيام له به بعد ذلك إلاّ بإظهار أمر يعلم أنه لم يكن معلوماً عنده ويعرف بذلك عند الإشهاد به.

قلت: تقدم ما في جميع الدعاوى من يمين واحدة وما عليه العمل وما حكاه ابن حدير عن ابن أبي زمنين أن من وجب له يمين على رجل من ملابسة جرت بينهما فإن له أن يقول للطالب: اجمعْ كل دعوى قِبَلي أدخلها في يمين إلاّ أن تجب عليه اليمين من سبب ميراث فلا يكون له ذلك، لأن الميراث لا يحاط بالحقوق منه وهو الذي أخذناه عن بعض شيوخنا.

وبعد هذا للمازري: الطالب يحلف له غريمه يميناً واحدة على حقوق كثيرة، ولا كذلك إذا تعددّ الطالبون.

وفي الوثائق المجموعة: إذا كان في الورثة غُيّبٌ فأحلف القاضي الغريم لبعضهم فهو إحلاف عن الجميع ولا يتكرر إن كانت بغير إذن الحاكم فكل من قام منهم وجب له عليه اليمين.

وسئل ابن الضابط عن فصل الدعاوى.

فأجاب: إذا تجردت دعوى كل واحد منهما من البينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرىء من دعواه. والدعوى على البكر لا توجب عليها يميناً لأنها لو نكلت لم يكن عليها شيء.

وسئل بعض الفقهاء عن رجلين سأل أحدهما صاحبه بحضرة القاضي عن الشعير الذي أخذه من قرية كذا من شعير كان للسائل بها فقال المسؤول: ما أخذت له من المنزل شعيراً، فأقام السائل بيّنة عدولاً أنّه أخذ له من هذا الشعير أحمالاً قدر ما فيها كذا وكذا قفيزاً وباعها في مدينة كذا. وكيف لو قال المطلوب بعد البينة أمَرْتَني بيعها وقد بعتُها ووصلتُك بحقها هل يقبل قوله أم لا؟ وإذا لم يقبل قوله هل تلزمه مكيلة الشعير أو ما أقر به من اليمين؟

فأجاب: القول قول رب الشعير إنه لم يأمره ولم يصله من ثمنه شيء ثم يكون بالخيار في إمضاء البيع وأخذ الثمن وبين طلبه بمثله، فإن اختلفا في المكيلة فالقول قول المطلوب في ما أخذ مع يمينه.

قلت: إنّما قُبِل في قوله في قدر الطعام لأنه لم يأخذه بهذه الشهادة في دعواهم المكيلة بالتقدير، وعلى القول إذا شك في العدد أنه تستنزل البينة إلى ما لا شك فيه يكون كذلك هنا. وبه أفتى ابن رشد في بعض مسائله وهو قول مطرف، انظر تبصرة اللخمي في الأيمان بالطلاق.

وسئل ابن البراء عمن غاب وله أملاك موقوفة بأيدي أناس ولا يتأتّى الإعذار إليه، ومن جملة الموقوف عشرون ديناراً بيد أخوين أو أحدهما تحت أمانته كانا استظهرا بعقد فيه ستة عشر ديناراً لهما وأوقف[97 ب] القاضي ذلك لهذا ولأمانتهما ومَلائهما، ثم قدم الغائب فقام بحفظ ماله حيث كان، فعمد أحد الأخوين فتصدق بماله في وثيقة الدّين على شقيقه وحوّزه إياها بمعاينة

شهوده، وطلبهما القائم بالعدد فاستظهر المتصدّق عليه بوثيقة الدين فطلب المقام بيمن القضاء من الأخوين فذكر المتصدق أنه تصدق على أخيه ولم يبْقَ له فيه حق فلا يحلف ليأخذه أخوه. واستدلّ بما روي عن بعض المتأخرين في من له دين بشاهد فتصدق به يحلف المتصدق عليه ويستحق. وقال المتصدق عليه: أزيد في يميني لا أعلم أنّ أخي المتصدّق عليّ قبض من دينه هذا كثيراً ولا قليلاً ولا أسقطه ولا شيئاً منه ولا سقط عن الغائب بوجه من الوجوه، فقال القائم: تصدقت فراراً من اليمين واليمين لازمة لكما لكونكما متعاوضيْن. بيِّنْ لنا وجه الحق في ذلك.

فأجاب: اليمين متوجهة على المتصدق من وجوه أحدها علمه بصحة هذا الطلب من سقمه. وقال الأبهري: الوجه والصواب في هذا في امرأة تصدقت بكالىء لها على زوجها ولا يقبضه المتصدق عليه إلاّ بعد يمين المتصدقة بيمين القضاء المشهورة، لأنها قد تكون تصدقت لتستدفع اليمين المذكورة. وقد أحسن الشيخ وما ذكره عن المتأخرين ليس بشيء لأن الصدقة نقل شرعي شرطه صحة الملك. فإذا لم يتقرر الملك فلا تقبل، نعم لو عدم المتصدق لكان له وجه من أن المسؤول عنها ربما أمكن معها ما لا يمكن في مسألة الشاهد. والراجح في المسألة ما قال الأبهري.

قلت: ما ذكر من الوجوه يحتمل أن يكون هو الوجه الأول ثم ما ذكره عن الأبهري ثم ما رد به على المتأخرين. ووقع في السؤال أنه قدم الغائب وعند طلب اليمين قال المقام ففي الكلام بعض إسقاط. وما أشار إليه من مسألة هذا المتأخر فتقدمت وهي من يكون له الدين فيهبه لآخر في غيبة المديان ويسلم الموهوب ذكر الحق إن كان له حق فيحضر الغريم فيطلبه الموهوب بالدين فيدّعي المديان أنه وصل الحق إلى ربه وهو الواهب، فينكر دعواه هل تتوجّه له بهذه الدعوى على الواهب يمين أو لا؟ لخروج المال عن يده وهو لا يستحق بيمينه مالاً، وإن توجّه عليه فنكل فما الذي يجب في ذلك؟

فأجاب الصفراوي: لا يتوجه على الواهب يمين ولكن إن ادعى المديان

على الموهوب علم ذلك استحلفه أنه لايعلم أنه وفاه.

وأجاب أبو محمد عبد العزيز بن عون بما نصه: إذا كانت دعواه دفع الحق للواهب قبل الهبة فلا يتوجّه على الواهب يمين ويُقْضى على المديان بدفع ذلك للموهوب. وإن كانت دعواه بعد الهبة توجهت اليمين على الواهب، فإن حلف برىء من الغرم وإن نكل غرم الغريم ما أخذه منه وحق الموهوب يتوجه على المديان في الوجيهن.

وأجاب القاضي أبو محمد الربعي: اليمين تجب على الواهب لحق الموهوب له في تتميم الهبة، فإن حلف تمت الهبة وإن نكل عن اليمين حلف الغريم وبرىء وبطلت الهبة. وزاد في مسائل ابن عبد النور في غير الأول: لو قدم فادّعى القضاء فيجب حلف الطالب، وانظر هل يحلف الموهوب لأنه المستحق، فإن نكل حلف الغريم ولم يرجع الموهوب على الواهب بشيء لأنه يمين ذهبت. الثاني إن مات المطلوب فيمين القضاء على الواهب. قاله الأبهري في مسألة المرأة تهب كالئها المتقدمة. وهذا نحو فتوى الربعي أن الهبة لا تتم إلاّ بيمين الواهب وكأنه يخالف ما ذكر فضل.

وعن فضل: علقت عن بعض الكتب لبعض أصحابنا: لو قتل خطأ وعلى قتله رجل يشهد أو رجلان وعليه دين محيط بماله فأبى ورثته من القسامة كان لغرمائه أن يقسموا، وكذلك لو كان على الورثة دين وأَبَوْا أن يحلفوا كان لغرماء الورثة أن يحلفوا ويستحقوا الدية.

قال فضل: وهذا جيد علي أصولهم وزاد بعض أصحابنا لو أن رجلاً [98 أ] قتل خطأ فوهب دينه لرجل، مَن كنتَ ترى أن يحلف في هذا ويستحق ديته الورثة أو الموهوب له؟

قال: الموهوب له بمنزلة ما لو أن رجلاً كان له على رجل دين وله بذلك شاهد واحد فوهب ذلك الرجل دينه كان للموهوب له الدين أن يحلف ويستحق

الدين. قال فضل: وهو جيد أيضاً، إنّما يحلف من كان له الحق يوم الحق. ألا ترى أن الحق يجب للصغير بالشاهد الواحد أنه لا يحلف الأب ولا الوصي من الصغير، انتهى كلامه.

وقد تقدم في مسألة الصبي خلاف، تجري هذه المسألة على هذين الأصلين، والله أعلم.

وحكى ابن سهل أنّ الأب يحلف يمين القضاء عن ابنته البكر ويستحقه بيمينه وهو أحد القولين في كتابه. وحكى قبله: ينتظر بالمولّى عليه حتى يرشد فيحلف يمين القضاء، فإن نكلت ردت ما أخذت. وحكى ابن رشد أن الأب يحلف مع شاهد الصغير ويستحق.

قلتُ: حكاه ابن رشد في نكاح البيان، وزاد يحلف الصغير أيضاً.

وسئل ابن زيادة الله عن طريقٍ يندفع ماء مطَرِهِ للقبلة من ناحية جَبَلٍ وشرقي الطريق وغربيه سوانٍ فوقها محترثات وماؤها يحصل في ماجَنيْن في قصر هناك، فإذا امتلأ عمد أهل السواني إلى فضلة ذلك الماء يجعل كل أحد حاجزاً من تراب يردّ الماء إلى سانيته، فهو على هذا خلف عن سلف أمداً طويلاً فجاء من فوقهم من أهل ملك الأرض وأراد ردّ الماء إلى أرضه، ولم تكن له بها عادة قديماً، فمنعه أهل السواني واحتجوا بما تقدم ولكون سوانيهم أشد لطلب الماء من كونها سقاء وهم سوانيهم غير سقاء ولا سبق لهم مع عدم إنكارهم وآباؤهم وأجدادهم كذلك ولا يدرى سكوتهم كان عن عوض أو غير عوض بصدقة أو غيرها.

فأجاب: من كتاب ابن سحنون: سأل حبيب سحنوناً في جنان في زقاق من أزقة المدينة أعلى وأسفل، فيأتي المطر فيريد الأعلى حبس الماء على الأسفل.

قال: هو أولى حتى يصير الماء إلى الكعبين عند استواء الأرض ثم يسرحه إلى الأسفل قبل الجنان الأسفل وإن كثر قال له ليس له منه إلاّ ما فضل عن الكعبين. قيل: فإن كان الجنانان متقابلين؟ قال: يقسم الماء بينهما. قيل: فإن كان بعض الجنات أقدم من بعض؟ قال: القديم أحق بالماء، وهذا كان في ما

وقع السؤال عنه، فإن جرت العادة القديمة بما تحت أيديهم من الماء فهم أحق به، وإنّما الأعلى أحق في ما لم يكن تحت يد أحدٍ. وأمّا ما جرت به عادة فهو ملك لمن حازه.

وعن سحنون في حديث مذينب ومهزور[1] إنّما هو في ما ليس ملكه لأحد، وهو صواب لأن كل من تحت يده شيء فهو أحق به. وزاد في النوادر في هذه المسألة: إن كان الأسفل مقابلاً لبعض الأعلى يعطى ما يخرج منه حتى يبلغ الكعبيْن ثم يقسم ما تقابلا به.

وأجاب عنها أبو الحجاج يوسف بن أبي العرب: هذه العادة المذكورة في السواني هي الحكم في السيول التي لا يملك أصلها ولا تجري في ملك، يسقى الأعلى ثم يرسل للأسفل، فإذا استقرّ أمرهم على شيء فليس لأحد قطعه عنهم ولا من أحيى أرضاً فوقهم ولا بإزائهم فيشاركهم في ذلك الماء إلاّ أن يُحْيِيَ تحتهم أرضاً فيكون لهم فضلة إن فضلت.

قلت: تقدم الكلام على هذا.

وللمازري على أحاديث الجوزقي قال: سئلتُ عن إنسان أتى إلى عين أو واد صوَّرَ تحته جناناً وخلّى بينه وبين الماء فضاء وسوقاً إلى جنانه، فأتى بعد ذلك غيره فبنى في ذلك الفضاء جناناً وصوّره فتشاجرا في الماء لمن تكون؟

فافتيتُ أنه لصاحب الجنان السفلي لأنه قد حازه أولاً وملك الماء قبل هذا الثاني فيكون أحق به وإن كان أبعد عن الماء لأنه قد سبقه بالإحداث. وأخذتُ هذا من جواب ابن سحنون من قوله: لو كان الجنانان أحدهما يلي ضفة الوادي والآخر يلي ضفته الثانية فيكون حكم هذا أن السابق بإحداث الجنان أولى وهو أولى [98 ب] بالماء حتى يأخذ حاجته لأنه أحدثه على ملك الماء فقد ملكَهُ بالإحداث.

---

(1) مذينب ومهزور: واديان من أودية المدينة المنورة. وفي حديث مالك بن ثعلبة أنّ أهل مهزور ترافعوا للنبي ﷺ في خلاف بينهم على الماء فقضى أنّ الماء إذا بلغ الكعبين لم يحبسه الأعلى. ياقوت الحموي: معجم البلدان 5 ـ 234؛ الحميري: الروض المعطار 560.

ابن سحنون: بالمدينة واديان أحدهما يسمى مهزوراً والآخر مذينب، وجنان الناس تحت الواديين واحد تحت واحد، وجنان الزبير يلي الماء وجنان الأنصاري تحته فقضى للزبير بدون حقه على جهة الصلح والندب إلى المعروف، فلما قال ما قال قضى له بكل حقه. وقوله: حتى يبلغ الجذر، يقال بالذال المعجمة وبالمهملة: وهو أصل الشجر واختلف في صفة مبلغ الماء في الجذر هل هو في سطح الجنان، ورّجحه بعضهم لأن الشجر في الجنان. وقيل حتى يبلغ الجذر في الساقية فيكون على هذا يبلغ جذر الرجل وهو الكعبين، لأن جذر كل شيء أصله، ومنه الجذر في الحساب. واختلف إذا بلغ الجذر على القولين ثم يطلق الماء هل يطلقه كله أو ما زاد على الجذر؟ فقال بعض أصحابنا: لا يطلق له إلاّ ما زاد، وعن بعضهم: يطلقه كله.

واختلف الناس في الأخذ بهذا الحديث فقال مالك وغيره من الفقهاء بما تقدم، وعن الطبري هو قضيته في عين لا ينبغي القياس عليها لأنه عليه الصلاة والسلام رأى الجنان وأرضه وعلم ما يقوم به فعليه بنى جوابه، فعلى هذا يكون خلافاً في حال على قدر الأرض وسهولتها وصعوبة أخرى. فعليه يُبْنى الجواب فيُعطى لكل أرض ما يقوم بها وما فضل أرسله لجاره، وهو سبب الخلاف في قدر ما يكفيه. ومال اللخمي إلى قول الطبري. وفي الحديث من الأحكام غير هذا فيُنظر في الشرح.

وسئل الصائغ عن رجلين لهما فدانان حرث أحدهما نصيبه إلى آخره في زعمه، فجاءه الآخر وزرع في أرضه إلى آخر حده في زعمه وحرثه وقلب بعض الحرث الأول فحصد الأول ذلك الحد وادّعى أنه حرثه كما فعل أولاً فأقام الثاني شاهداً واحداً أنه زرعه وحده، فلمن يكون هذا الزرع إذا حلف الآخر مع شاهده.

فأجاب: إذا حكم القاضي للثاني بالزرع فإن قلع الثاني الزرع الأول في الإبان على وجه لم يبق له ثبوت وكان الأول عالماً بعداه سقط حقه فيه، وإن كان بوجه شبهة يعتقد أن الأرض له فعلى الثاني قيمته على الرجاء والخوف، والمحصود للثاني على كل حال.

قلت: في شفعتها: مَن بنى أو حرث في أرض بطنها له ثم استحقت فعلى المستحق من هذا قيمة ذلك قائماً للشبهة، فجعل الظن في الملك شبهة، وانظر مَن حرث أرض جاره غلطاً فهي تجري عليها.

وسئل عمن أخرج مطمراً من فدان رجل وزعم أن أباه طمرها منذ سبعة أعوام وأنه طمر خمسة عشر قفيزاً. وأقام آخرون بيّنة أن أباهم طمر في هذا الفدان مطمراً لا يدرون موضعها ولا ما فيها، وهذا الكيل أكثر مما ادُّعِي ولم يدّع رب الفدان شيئاً.

فأجاب: إن أقرّ بها رب الفدان لأحدهما فهي له، وإن قال رب الفدان كلاهما طمر في فداني ولا أعلم مطمر كل واحد منهما، فليحلفْ ورثة كل ميت: ما يعلم لوليّ هؤلاء فيها حقاً ويقسمون خمسة عشر بينهما نصفين والباقي لمن قامت لهم البينة. وإن جهل رب الأرض مطمرهما أو أحدهما ولم يطمر أحدهما شيئاً فالطعام لمن شهدت له البينة بعد حلفه أو بعد حلف ورثته أنهم لا يعلمون لهؤلاء الآخرين فيها طعاماً وما هذا الطعام إلاّ لوَليّنا، فإن نكلوا حلف الآخرون وأخذوا منه خمسة عشر قفيزاً والبقية لمن لم يحلف.

وسئل المازري أو غيره عمن أوصى ببيع خراب له وصرف ثمنه للمساكين فشهرَهُ مَن أسند إليه أكثر من شهرين وباعه بثمنٍ استقرّ وفرّقه في المساكين، ثم بعد بيعه وتفرقته بشهرين جاء من زاد فيه وقال إنه بيع بأقل من ثمنه، وقال القاضي: أخبرني عدلان أنه يسوى أكثر مما بيع، فهل تُقْبَل الزيادة أم لا؟

فأجاب: إذا ثبتت الوصية وباع الوصي بعد الاجتهاد وصرف الثمن للفقراء فلا تُقبل زيادة بعد ذلك إذا باعه مَن له بيعه ولا مدخل[99 أ] للقاضي في هذا، لكن قوله: أخبرني عدلان إلى آخره فليكتبهما ويشهدان عنده ويُذكر مقدار الزيادة وما نقص من الثمن فإذا أعذر فيها من له الإعذار بعث بذلك حتى ينظر فيه.

وسئل عمن توفي وترك ربعاً فقُسم واستُغل وبيع بعضه ووُهب بعضه ثم

بعد مدة طويلة ظهرت وصية للميت بأشياء لمعيَّنين ومجهولين وحج ورقاب وكفارات فطولبوا فتبرع بعضهم على إبقاء المقاسمة ليعطى ما يخصه منها وتبقى وأبى بعضهم إلاّ نقضها وترجع كما كانت فاعتقد القاضي أن هذا هو الحق، فلما أيقنوا نقضه حضروا والتزموا جميعها وتبايعوا الرباع وأقروا أن نقض القاضي جرى على سنن الحق والعدل، وكان بعد الإعذار لمن له ذلك. ثم طولع الإمام فقال: إنه فاسد غير جار على قواعد الحق، فكيف ترى في من أقرّ منهم إن جرى على الحق، هل يعمل به أم لا؟

فأجاب: تقارُرهم ليس بصحيح لأنه ليس بأمر خفي عل القاضي وعمّا وقعت به الفتوى وإنّما هو استسلام لإتمام إقرارٍ أدّوْه وإنّما يقع التعاذر إذا لم يكونوا ذكروه.

قلت: هذه المسألة وقعت في المدونة وغيرها وهو إذا طرأ وارث أو موصى له بالثلث وقد قسموا التركة وهي غير عين نقض القسم كانوا قد جمعوا الدور في القسم أو قسموا كلّ دارٍ عى حدة. ولو طرأ موصىً له بدنانير يحملها الثلث كان كلحوق الدّيْن فإما وَدَّوْه أو نُقِض القسم ولا يجبرون على أدائه من أموالهم. وفيها تفصيل وأقسام يأتي ذكرها في غيرهذا، إن شاء الله تعالى.

وسئل ابن البراء عمن كان بيده ربع يحوزه إلى أن مات فبقي تحت يد ولده عشر سنين إلى أن مات فقامت أخته تطلب مورثها من الربع من أبيها، فزعم الورثة أنه ربع الولد وقد حازه في حياة جدهم بشهادة وقد ضاعت عقودهم وقد شهد شهود أن الجدّ كان قد كتب عقوداً نسوها لتقادم عهدها، وقالوا: إنّ أبانا يحوزه بحضرة العمة بالاستغلال والسكنى هذه المدة، قالت الأخت: سكتُّ لأخي إحساناً عليه ومجاملة لا لإسقاط حقي، ويشهد عدل أنه كان تحت يد أبيها رباع لم تزل بيده إلى موته، فهل للأخت حجة في ما ادّعت أم لا؟

فأجاب: بعد الاستفتاح بالحمد لله والصلاة على نبيه عليه الصلاة والسلام: إذا كان ما في اليد معروفاً أنه من أملاك الأب ولم يظهر الورثة ما يدل عليه أنه اختص به الولد لم يكن مجرد وضع اليد يصيّره ملكاً له، لأن هذا الزمن الحوز

لا يقطع حق القرابة إلاّ أن يثبت الورثة أن مفاصلتهم وقعت أو أن بينهم من عدم المسامحة والتشاحح مالا يترك فيه الحق هذه المدة، فيكون لذلك أثر في الإسقاط.

وسئل الصائغ عمن فتح باب داره في زَنْقة غير نافذة غير مقابل لأحد من جيرانه فأقام نحو الثماني سنين لا يغيّر عليه أحد منهم، وهم نحو الخمسة عشر داراً ليس أحد منهم غائباً عن الحيازة.

فأجاب: إحداث باب في موضع غير نافذ لا يجوز إلاّ برضى من له هناك باب، وسكوتهم هذه المدة غير منكرين يوجب سقوط قيامهم، ولو كان أقل من هذه المدة فالأمر كذلك.

قلت: هذه المسألة تجري على الخلاف في جواز الضرر وفيه أقوال وفي مدته كذلك أقوال حكاها ابن سهل وغيره في أصل جواز فتح الباب في السكة النافذة وغير النافذة خلاف أيضاً ثالثها الفرق بين السكة النافذة وغير النافذة. وعليه يجوز فتح طاقات أو إخراج أكبُشٍ أو تابوت. ذكره ابن حدير وابن رشد وغيرهما ويأتي في ذكره مزيد بيان. وعلى هذا سئل ابن أبي زيد على اختياره في من فتح باباً يناقر باب جاره وبينهما شارع، فقال؛ يمْنعه وبه أخذ.

وسئل أيضاً عمّن اقتسما أرضاً أو ضيعة فبنى قسمته في التخمّر وأبى الآخر.

فقال: لا يلزم الآبي البناء، ويقال الآخر: استر على نفسك في ناحيتك [99 ب] لا في الحد لأنه يقول الحد يحصل بالأحجار والتخوم. وكذا لو غرس أحدهما تحت الحد فله منعه مما يضر بصاحبه مثل أن يدخل إلى ناحية فيضرّه أو ضرر عروق ما يدخل من عنده.

قلت: لا بد من دخوله وإن غرس في موضع يجوز له في البعد فقال: هذا أخف من قربه جداً فلا يمنع.

وسئل ابن زياد عمن له كوشة إلى موضع خراب لرجل فبنى حائطاً

للخراب المذكور ثم طلب صاحب الخراب بنقل ما اجتمع فيه من الأزبال التي أضرّتْ بصاحب الكوشة فزعم رب الخراب أنه من بقية مرمة الكوشة ومن الجيران، فأنكر رب الكوشة ذلك واستظهر ببيّنة أن فلاناً عندنا ممن لا يستحل الأزبال في أملاك الناس فقال رب الخربة: لا تفيد هذه الشهادة حتى يشهدوا أنهم لم يفارقوك حتى أخرجت جميع أزبال المرمة، ولا تفيدك هذه الشهادة. وقولهم فيها لا يستحل صحيحاً، إذ لا يستحل مسلم أذى مسلم، فاحلف لي على عدم طرحك، فهل تلزمه يمين أم لا؟

فأجاب: تسفسر البيّنة عن شهادتهم فإن قالوا: لا يرى ذلك حلالاً لم يفده، لأن المسملين كذلك في الاعتقاد، وإن قالوا: لا يظن به أن يفعل ذلك ولا أمثاله لم يحلف إلاّ أن يدّعي عليه علماً بوصول الزبل فيحلف حينئذ أو يرد عليه.

وسئل أبو الحسن عمن له نهر يشق في أرض رجل نبت فيه قصب لم يكن منها.

فأجاب: أراه ـ والله أعلم ـ لصاحب الأرض وليس لصاحب النهر إلاّ جواز الماء خاصة سالماً.

وسئل ابن أبي زيد عمن نقل ترابه إلى طريق قوم فسدّه.

فقال: يقال لرب التراب ارفعه فإن أبى فلا يجبر ويقال للآخرين ارفعوه عنكم.

قلت: تقدم ليحيى بن عمر: إذا ضم أصحاب الحوانيت الطين فإن عليهم جبراً أن يرفعوه فكذا إذا حمل أحد ترابه إلى سوق أو طريق.

وسئل ابن أبي زيد عن الذي يزرع على بئر جاره فيجاج ماؤها هل يجبر جاره على دفع فضل ماء بئره كما لو تهور بئره.

فقال: لا يُجبر على الدفع بخلاف الآخر لأنه لما زرع معتقداً أنه ينفذ ولم يظن الآخر قط تهورّ بئره.

وسئل عمن سرق ودية[1] وغرسها فجاء صاحبها بعد زمان يطلبها فقال: إن استمسكت فله قلعها، وإن لم تستمسك إن قلعها فإنّما له قيمتها مقلوعة.

قلت: في المدونة من غصب وديا صغاراً من نخل أو شجر صغار فقلعها وغرسها في أرض فصارت بواسق فلِرَبّها أخذها كصغير من الحيوان يكبر. فظاهرها أخذها مطلقاً ويحتمل أن تجري على مسألة إذا غصب أرضاً وزرعها وفات الإبان فإنه يلزمه كراء الأرض والزرع له فكذا إذا فات إبان قلعها للغرس هنا.

وسئل عمن له أرض بين رباع قوم وقد منع طريقها.

فقال: طريقه عليهم كلهم يسلك فيها، فإن ادّعى بعضهم على بعض حلف بعضهم بعضاً ثم أقاموا له طريقاً.

قلت: يأتي لابن رشد نحوه في مجاري المياه أنها لمن حكمت له العادة السمت والأنصاب عليه ولا بدّ منه هكذا وهو ما لا يتوصل إلى الواجب إلاّ به فهو واجب، وهل بثمن أم لا؟ يجري على الخلاف في فضل ماء بئر الجار إذا احتاج إليه جاره لتهور بئره وزرع على أصل ماء وعلى جبر أهل الأملاك المجاورين للمسجد الجامع إذا اضطروا إلى ذلك وباب المواساة في زمن الشدائد في بيع الطعام وإجبار بيع أسير طلب أن يفدى به أسير مسلم، ونحو ذلك.

وسئل عمن لهما أرض فغرسها أحدهما والآخر غائب[100 أ] فلما قدم باع نصفه بما فيه من آخر.

فأجاب: إن أعطى البائع للغارس قيمته مقلوعاً مضى البيع وإلاّ قيل للمشتري ادفع إليه قيمته مقلوعاً أو مُرْهُ بقلْعه ثم ارجع عل البائع بالأقلّ من قيمته مقلوعاً أو بما ينوبه من الثمن، فإن أبى فسخ البيع.

قلت: فهذا بناء عى أنه كالمعتدي وهو قول ابن القاسم في أوائل كتاب الاستحقاق من العتبية.

---

(1) الودي: الفسيل الصغير.

وحكى ابن رشد عن ابن القاسم أن الشركة توجب له شبهة أن يكون له قيمة ما أنفق قائماً. وقسم المسألة على ثلاثة أوجه أحدها هذا وهو إذا بنى وشريكه غائب، انظرها في أوائل الاستحقاق من الشرح.

وسئل ابن أبي الدنيا عن حمام له ساقية قديمة يجري ماؤه عليها فتضرر بها بعض الجيران وقامت بينة أن الأمهات القديمة خربت وسقط الانتفاع بها فردمت الساقية المذكورة وقطع ضررها فأراد رب الحمام بناء الساقية والانتفاع بها كما كانت قبل، فهل يكون قيام الشهود والحكم بقطعها له أم لا؟

فأجاب: لصاحب الحمام إصلاح الساقية وإجراء مائها كما كانت قديماً والحكم بردها وقطع منفعة ذي الحق بها باطل. ومن شرط الحكم الإعذار للمحكوم عليه ورضاه بإسقاط الحق وهذا متعذر في اتفاق أهل بلد عليه، وإن أمكن اتفاقهم فيبقى السفيه ومن لا يعتبر رضاه فتعميم الحكم خطأ.

قلت: هذا واضح إن كان إنشاء ذلك من أهل الموضع. وأما لو كان الضرر يتوجّه عُرفاء البناء وأهل المعرفة من قبل القاضي ورأى أنه من الضرر العام أو الأغلب فلا إعذار في من يوجّهه القاضي على المعروف حسبما مر، والحكم على الكل لازم لعموم الضرر وهو مما يقضى به على الخاصة لحق العامة، كإحداث الطرق وتوسيع الجامع للصلاة وغير ذلك. وقد شاهدت سواقي قديمة بالقيروان وسمعت أنه ضرب في وجوهها بالبناء ورجع الناس إلى حفر آبار للمراحيض وخروج ماء الأمطار السواقي على سطح الأرض. ولا أظن ذلك إلاّ أنه كان مقصوداً ممن تقدم من أهلها يكون حينئذ قد غيرت هيأتها وأهملت وسقط حكمها، بمنزلة من كان له باب فأغلقه وقلع عضائده وصيّره كالجدار، فأعرف للشعبي أنه لا يرده بعد ذلك لأنه صار ضرراً أسقطه لجيرانه وحازوه فليس له الرجوع فيه وأشبه البينة الناقلة عن البينة المثبتة الأصل.

وقد سئل شيخنا الإمام ابن عرفة ـ رحمه الله ـ عن فُرْن فخار بين دور وجدت أمارة قديمة، هل يحكم لصاحبه برده فرناً للفخار كما كان؟ وإذ أضر بجيران ذلك الفرن لشواهده القديمة بعد البحث عنها وطلبها، وهل في قول

الموثقين في القول بمحو الآثار الحادثة لأن في بقائها ضراراً وحجة لصاحبها بعد طول الزمان دليل على الحكم برده أم لا؟ أنعموا بالجواب أعظم الله أجركم.

فأجاب: إن كانت آثار الفرن بعرصة غير عامرة ببناء شكله مناف لشكل بناء الفرن فآثار الفرن باقية للدلالة على الفرن المذكور وإلاّ فلا دلالة لها لقيام مُنافيها مع طول زمانه كبيّنتيْن متنافتيْن إحداهما ناقلة.

وسئل أبو الحسن بن خلف عمّن له داران متقابلتان فأحدث بينهما ساباطاً وجعل خشبة على حائط إحدى الدارين ثم توفي وصارت كل دار لمالكٍ فتنازعا الحائط فقال الذي في جهته الحائط: هو في داري من حدوده الأربع وفيه مغروز خشب مخزن ومسترقّ ومجلس ومجاز فهو من حقي، وقال صاحب الساباط: بل أنا معك شريك لأن لي فيه غرز الخشب وعقداً جعله صاحب الدار ساقاً لعمل الحناية الذي جاء عليها البيت[100 ب] الذي على الساباط، وهو داخل في الحائط المذكور قدر شبرٍ ونصف، وسقف البيت المعتلي على الساباط ماؤه يندفع لناحية هذا الحائط المتنازع فيه، فهل ترى لصاحب هذا الساباط فيه شركة أم لا؟

فأجاب: إذا كان ساق الحنية غير مربوط وهو منفصل عنه وليس لصاحب الساباط غير غرز الخشبة فلا شركة فيه وهو خالص لصاحب الدار التي منها الحائط وإن قال أهل المعرفة إن ساق الحنية مربوط بالحائط فهو شركة بينهما.

فأعاد السؤال وهو إذا ثبت أن الحائط شركة فأراد صاحب الساباط ن يغرز خشباً فيه تحت الساباط المذكور وفيه طيقان لصاحب الدار فتزول بفعل صاحب الساباط، فهل له ذلك أم لا؟

فأجاب: إذا ثبت بينهما فله غرز الخشب في حائط الشركة ولا مقال له في منع الضوء، هكذا في قسم المدونة.

قلت: لم يجبه عن حقيقة مسألته لأن صاحب الساباط احتج بأن له فيه عقداً جعله صاحب الدارين ساقاً لعمل الحناية، إلاّ أن يريد بها رفع الاشتراك في الحائط فيكون القسم الثاني من قسميْه وجعل العقد هنا مقدمٌ على غرز الخشب

والطيقان إلى غير ذلك من دلائل عرف البناء على الملك، فانظره في الأمهات.

وسئل ابن أبي زيد عمن اشترى ضيعة بمصر من مالكها وهي بقفصة وأقروا بثمنها لعمْتهم بها فجاء المشتري لقفصة وقد وكّله الباقون على طلب حقوقهم وخصوماتهم فأخذت العمة بالشفعة وقبض المشتري أكثر الثمن، ثم وجدت وثيقة بشراء أبي البائعين من عمّتهم، فهل يضرهم إقرارهم لها بالثمن مع أنهم قالوا: إنهم من صغرهم غُيّبٌ فقد يكون أبوهم اشتراها منها في صغرهم وغيبتهم.

فأجاب: إن حلف البائعون أنهم ما علموا بالشراء لصغرهم ولم يعلمهم أحد فلا شيء عليهم وبطلت الشفعة، وإن كانوا بمصر لم يمض بالشفعة وأرجىء اليمين حتى يُسأل البائعون، فإن أقروا لها بعدم البيع فتكون لها الشفعة بعد يمينها أنها ما باعت، وإن قالوا ما علمنا بهذا البيع حلفوا إنهم ما علموا بالشراء وبقي الثمن لهم وبطلت الشفعة.

وسئل اللخمي عن السفيهة بعد الدخول هل تحلف؟

فأجاب: لا يحلف السفيه والسفيهة يمين اليوم وبعده وإنّما الاختلاف في النكول.

وسئل أيضاً عمن يتقاضى ديناً له على رجل فقال المطلوب أوصلت وقال الطالب بقيت لي أربعة دنانير فاختلف الطالب فرد اليمين على المطلوب فحلف لقد أوصلتها هل يُجتزأ بهذا اليمين أم لا؟

فأجاب: إذا نكل الطالب وحلف المطلوب برىء منها وسقطت المطالبة.

وسئل الصائغ عم أوصِيَ على أيتام فباع ضيعة للميت لقضاء دين عليه فقبض البعض وقضاه ثم بقي مدة وطلبه الورثة ببقية الثمن فقضى بقية الدين وأخذ هو بقيةً وجبت له وأخذ الوارث منه، ثم توفي الوصي والمشتري ووجد الآن في الوصية ذكر رقاب مسماة... فطلب ورثة المشتري فقالوا دفعنا للموصي[1]... متى قبض البقية هل يلزمهم غرم أم لا؟

---

(1) كلمتان غير واضحتين بالأصول.

فأجاب: اختلف في المسألة المتقدمون ومن أدركناه من المتأخرين والأشبه فيها الإسقاط من غير مطالبة ورثة المشتري بشيء ولا يبعد حلف من تظن به العلم من ورثة المشتري بعد بلوغه ورشده هذا الأظهر في المسألة.

وسئل اللخمي عنها وأطال السؤال.

فأجاب: إذا كان[101 أ] المطالب به هو الأصل مكتوباً جملته كذا وقبض جميعه كان إخراج هذه الوصايا على القابضين كذلك وإن أوقفوا ذلك وإنّما قبضوا ما سوى الوصايا كان عليه أن يخرج ما أوقفه عنده من ذلك.

قلت: الخلاف الذي أشار إليه المفتي الأول هو ـ والله أعلم ـ إذا انفق الوصي التركة على الأيتام ثم طرأ دين عليها وفي النكاح الثاني القولان وثالث وهو غرم الوصي. ويقوم في مسألة إذا اشترى رقبة للوصية فأعتقها ثم طرأ دين مستغرق بعد أن فات المعتق فاختلف هل يضمن الوصي أم لا؟ ويجري على مسألة المجتهد يخطىء في اجتهاده ثم يعذر أم لا؟

وسئل ابن رشد عمن توفي عن زوجة مدبَّرة فأثبتت كالئها، من يحلف يمين القضاء هل هي أو سيدها؟ وهل يحكمها حكم السفيه على ما مرّ فيه؟ وكيف لو كانت مأذوناً لها أو قام لها شاهد على زوجها وهي غير مأذون لها من يحلف اليمين منهما؟ وكيف إن أقر لها في مرضه هل هي كالصديق الملاطف أم لا إذا كانت ورثته عصبة؟

فأجاب: الجاري على أصولهم إن كانت مأذوناً لها أو أذن لها في قبض الصداق حلفا جميعاً لأن مَن أقرّ منهما بقبض الكالىء صدق ولو لم يكن على القبض بيّنة، وإن لم تكن مأذوناً لها في التجارة ولا في قبض الكالىء حلف السيد دونها لإفادة إقراره بالقبض دونها. وبيمينه أنه ما قبض ولا علم أنها قبضت لأنه لو قبض أو علم بقبضها برىء الزوج. وأما الشاهد على زوجها بحق فتحلف معه ما قبضت ولا وهبت وإن حقها حق، وإن لم تكن مأذوناً لها في التجارة فنكلت فمن حق السيد حلفه مع الشاهد ولو شاء أنزعه منها. ولا يدخل الاختلاف في نكول السفيه فيها إذ ليست تشبهه، وإقرار الزوج لها في المرض

والورثة عصبة والصديق الملاطف معهم. ابن عبد النور: انظر، في كلام ابن رشد تعارض لأنه قال: إن كانت المدبرة غير مأذون لها لا تحلف وحلف السيد يمين الاستبراء، ولو كانت مأذوناً لها حلفا جميعاً وحلفها في المسألة الأخيرة يمين استبراء ولو كانت غير مأذون لها. فانظره وانظر قول عبد الملك في المأذون يقوم له شاهد بحق فينكل عن اليمين لا يحلف السيد إلاّ أن يموت العبد ويغيب غيبة بعيدة فإنه يحلف ويستحق ولا منع في الثانية.

في الرسول يدفع مالاً للمرسل إليه قضاءً له بشاهد ثم يجحد القبض، يحلف الرسول ويبرأ الذي عليه الحق. فإن امتنع من اليمن حلف الذي أرسله وبرىء من الدين. قيل: كيف يحلف ولم يدفع ولم يعلم دفع الرسول؟ قال: لا يكون أسوأ من الصغير والغائب، كما يحلف هؤلاء في وقت محل الحلف فكذا هذا. قيل: وإن أبى الباعث من الحلف ويضمن الرسول فأراد الرجوع للحلف فليس ذلك له. وقد مر قول عبد الملك.

ومن مات وعليه دين وله دين حلف الغرماء وأخذوا دينهم وسقطت الفضلة إلاّ أن يعلم أن تركهم الأيمان مخافة أن لا يفضل شيء فليحلفوا ويأخذوا. ولو أحاط الدين بماله وأى الورثة الحلف حلف الغرماء واستحقوا. وقد مرّ جواب ابن شعيب في من باع ثم اعترف بالثمن لزيد من الحالف.

وسئل بعض الفقهاء عن وثيقة مضمّنها أن رجلاً توفي ولده وترك ابنا وبنتاً وزوجة فالتزم الرجل المذكور بنفقة حفيديه مدة أربع سنين وسكناهما مع أمهما وهي الزوجة المذكورة بدار الرجل المذكور المدة المذكورة ولا يرجع عليها ولا على أحد شيء. واشترط الرجل المذكور لكنّتِهِ المذكورة أن تبقى **[101 ب]** مع الأولاد الأربع سنين ولا تتزوّج ورضيت بذلك والتزمت لحميها متى تزوجت قبل تمام الأربع سنين كان عليها صدقة بمائة دينار لحميها من مال نفسها تؤمر بذلك وتجبر عليه، ثم تزوجت أم الولدين قبل تمام المدة فوجبت المائة دينار لحميها المذكور فأشهد بعد وجوبها له أنه تصدّق بها على حفيديه بالسواء بينهما ثم توفي قبل رُشْد الولدين فقام ورثته بطلبها إذا لم تحز عنه وقال الحفيدان: لم نزل

في كفالته فلا يفتقر لحوز، وقالت الزوجة: التزمت شيئاً لا يلزمني، فأنا متعلقة بواجب الشرع في ذلك، فهل يكون ذلك باطلاً أو صحيحاً؟ وإذا صح هل هو لورثة الرجل أو لحفيديْه؟

فأجاب: وقفت على المكتوب وجميعه غير مفيد، وقصارى ما فيه الكلام على يمين المرأة والتزامها لحميها وتزوّجها قبل المدة وقولها تؤمر وتجبر غير لازم لها بغير خلاف علمتُه إذا كان بيمين كما ذكر ولا تجبر وإذا ثبت هذا سقط جميع ما ذكر في البطن.

قلت: تقدم معارضتها إذا كانت بيمين لما في الأيمان والنذور إذا قال: لله عليّ هدْيٌ فالشاة تُجْزِيه، وإن قال: إن فعلتُ كذا فعليَّ هدى فحنث فإنه يُخرج بدنَةَ إلى آخره. ويعارضه أيضاً إذا التزم في مسألة معيّنة مذهب إمام معيّن أنه لا يجوز له مخالفته على الأكثر، ومنهم من لم يحك فيه خلافاً. وانظر مسائل الشروط في النكاح وما في بعضها من الخلاف فلا يبعد جري هذه عليه.

وسئل ابن الضابط عن امرأة التزمت لزوج تزوجها أنها متى ما ردّتْ زوجها الأول ـ لأوّلَ ـ كان قبله ففارقها مدة عشرين عاماً فمائة دينار عليها وقِبَلها وفي ذمتها للزوج المذكور، ففارقها الزوج فتزوجت الأول قبل تمام المدة لزمها ما التزمته له.

قلت: وهذه تُعارض التي قبلها إلاّ أن يقال إن الالتزام للزوج أشدّ من غيره لحديث «إنّ أحقّ الشروط» إلى آخره فلهذا وجه.

وسئل أبو الحسن بن خلف عمن أسند الوصية بِبَنيه إلى أمهم والتزمت أنها متى تزوجت قبل بلوغ الولد فجميع ما ترثه من أبيهم لهم صدقة وجميع دارها كذلك ورغّبها في ذلك الزوج وقَبِلَهُ منها، ثم توفيّ الزوج وأرادت الزوجة التزويج قبل بلوغ الأولاد الحد المذكور لصغر سنها مع عدم حرمة دارٍ لا رجلَ فيها.

فأجاب: يلزم الزوجة ما التزمتْ لأولادها من الصدقة لحصول الشروط الموجبة لذلك تؤمر به، ولا تُجبَر على الأشهر.

قلت: وهذه كالتي قبلها إلاّ أنها هنا لم يكن شرطاً عليها وإنّما رغّبها الزوج.

وسئل ابن أبي الدنيا عمن طلب زوج ابنته بكالىء مهرها فقال: ما عندي إلاّ ربع أو نصف رمكة واستظهر ببيّنة على ذلك، فقال صهره: عندك وصيف ووصيفة فبِعْهما قبل بيع الربْع، فقال: الوصيف حر والوصيفة حرة، فقام عليه محتسباً عند القاضي على أن يكتب لهما الحرية، فقال: أردت بذلك تدبير الوصيف وكون الوصيفة أم ولد وأقام بيّنة على الوصيف بالتدبير وعلى الوصيفة بالسماع منه أنها أم ولد لكن لم يُثْبِتْ هذه إلى الآن، هل يُقبل هذا الاعتذار منه أم لا؟ لكونه يقول: لا يجوز لي بيعهما لما فيهما من عقد الحرية، وكيف إن ثبت عقد الولادة هل يقبل منه أيضاً؟ وما روي عنه عليه الصلاة والسلام من قوله في مارية جاريته «أعتَقَها ولدها» هل هو صحيح أم لا؟ وهل يجري على ما ذكر في النوادر في من خُطبتْ ابنته أو سِيمتْ سلعتُه أو عبده فقال في عبده هو حر وقال أردت اعتذاراً؟ فعن ابن القاسم يقبل منه خلافاً لابن حبيب، فهل هي مثلها أو بينهما فرق وهو أنّ التدبير والولادة يرفعان البيع والعتق عند ابن حبيب رفع مقتضى اللفظ جملة؟ وإن قلتم بقبول قوله فهل يستظهر عليه بيمين[102 أ] أم لا؟

فأجاب: يُقبل قوله إذا أراد التدبير لأنه لا يجوز بيعه عند مَن يُقلِّد مالكاً، وكثيراً ما يطلق العوام فيه والخواص العتق ويسمونه التدبير والعتق بعد الموت، وكذا قوله أعتقته عن دُبُرٍ مني. وإذا أثبت ولادة الأمة وشهدت الحرائر بالولادة فيُقبل منه إراد أنها أم ولد. والحديث استدل به المازري وغيره على منع بيع أم الولد.

قلت: عندي أنها تتخرج على دعوى تخصيص العموم بصفة مثل لا كلمت رجلاً، وقال: نويت قُرَشِياً ونحو ذلك، أو لا وطئتُ جارتي، وقال: نويت بقدمي. ففي كل مسألة خلاف والأشهر في هذه أنه يُقبل قوله في الفتيا لا في القضاء. ويحتمل أن تجري على مسألة قوله امرأتي طالق وقال: نويت من وثاق. والمشهور في هذه عدم قبول قوله لكونه صار حقيقة عرفية شرعية في زوال العصمة فهو نص لا يقبل التقييد بوجه.

وسئل اللخمي عن مريض له زوجة وابنة منها ولها زوج وأولاد من غيره فكان زوج الابنة يتصرف للمريض في جميع أموره كلها وهو معروف بالمال والتجارة والديون وشاهَدَ العدول له عيناً في يده وله ديون بوثائق ودفاتر. ثم توفي المريض ولم يظهر من ماله ما عليه معوّلٌ وهو متهوم بأكثر من ذلك وورثه أولاد شقيقه وله أخ شقيق وأولاد كلهم غُيّبٌ وأوصى بثلثه لأولاد ابنته هذه ومنهم محاجير من كان يقوم بأمره وزوجته وزوج ابنته كلهم غير مأمون ولا عدل ولم يوجَدْ شيء من تلك الوثائق ولا من الدفاتر التي فيها ديون الناس. فاتهم زوج الابنة ببيع تلك الوثائق وتقطيعها وصرفها وإسلامها لأربابها، كما اتهم جميعهم بإهلاك مال الميت. فقام أولاد شقيقه الحضور في حق الأيتام الموصى لهم وفي حق أنفسهم إن ورثوه وحق عمهم وبني عمهم معهم من كان منهم حياً، وخافوا إن تأخر الأمر حتى يرد شقيقه أو أولاد شقيقه أن يتلف بقية المال ويخاف من موت هؤلاء الذين أحاطوا به أو سفرهم، فهل لهم قيام عليهم ويضيّق عليهم القاضي بالسجن والضرب وغير ذلك مما يمكن به إظهار ما أخفوْه من هذه التركة أم لا؟ وهم جاحدون لما ادُّعِيَ عليهم ومن أهل التهمة وهي ظاهرة عليهم.

فأجاب: إذا قام الدليل الواضح على تهمتهم وجب تهديدهم، فإن لم يأت بشيء من التهديد سُجنوا وإن لم يأت به شيء ضُربوا على قدر ما يرى مُتَولّي ذلك بشورة أهل الدين والعلم ويحلفون لمن حضر وغاب.

قلت: ما ذكره في المتهم من الضرب والسجن كذا وقع في آخر سرقة المدونة، وهذا إذا وقع في حق نفسه، وجعل قيامه هنا محتسباً أو في حق غيره من قرابته كذلك. فأما الاحتساب في حق الأيتام فواضح وفي حق الغير القريب الغائب خلاف في المدونة وغيرها. واختيار هذا الشيخ القيام إذا كان يخاف هلاك وما قيم لأجله، انظره في تبصرته وفي العيوب والقسمة وغيرهما.

وسئل ابن أبي زيد عمن وهب لغائب هبة أو لعبد وجعل من يحوز ذلك لهما ثم وجب على الغائب ديْن ونفقة زوجة أو بيع العبد واستثنى البائع

والمشتري ماله، هل تؤخذ هذه الهبة عن ذلك أم لا؟

فأجاب؛ إن قَبِل العبد الهبة ولم يشترط عليه الواهب شرطاً قُضي الديْن من ذلك، ولو شرط إلاّ أن يكون للسيد حكم أو حتى يُعْتَق فلا يحدث فيه حدثاً وليس عليه سبيل للسيد. وأما الغائب فلا يُفرض لزوجته نفقة حتى يثبت قبول الهبة فحينئذ يقضى لها فيها.

قلت: ما ذكره في مسألة العبد مثله في المدونة إذا جعل من يحوز له ومثله في الأب[102 ب] والوصي لا يقبضه إذا حجره الواهب عليه حتى يبلغ مبلغ مَن يحوز لنفسه. وما ذكره من نفقة الزوجة فهو واضح وقد اختلف إذا كان حقه من ميراث، هل تؤخذ منه الديون وينفق على أولاده على قوليْن من المدونة وغيرها. وقد تقدمت هذه المسألة.

وسئل اللخمي وغيره عن زوجة غاب عنها زوجها بحيث لا يُعلم ولم يخلف لها نفقة فأريد تحليفها، فهل يُطلب في حلفها معرفة المحلوف عليه وكيفيته واسمه وصفته وحضور الشهود لها وفهمهم ذلك منها؟

فأجاب: إذا علم مراد الأبكم بقول من يترجم من الشهود عنه بإشارة أو رمز أو قرائن دالة على ذلك دلالة واضحة ينتفي عنها جميع صفات الجهل وحصل جميع ما يتوقف عليه الحكم من الأسباب والشروط وجب الحكم له أو عليه. وما ذكر في السؤال من معرفة الاسم إلى آخره لا أثر له، لأن ثبوت الزوجية ليس متوقفاً على قولها وتعذّر الوصول إلى معرفة الاسم لا يقدح في ما ثبت من الزوجية إذا علم من إشارتها أن المراد به الزوج كما تقدم.

قلت: ما ذكره هو ما أشار إليه في المدونة في غير موضع أنه مبْني على الفهم في جميع الأحكام، ولم يقع خلاف إلاّ في أداء الشهادة فتقدم فيها خلاف لأبي حفص وغيره. ومفهوم المدونة في كتاب السرقة أنه قادح، ونص عليه القاضي أبو محمد في المعونة من غير المذهب. وعن مذهبنا جواز شهادته، وهو الذي حكاه أبو حفص العطار عن غيره. ومذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز، حكاه عياض، والله أعلم.

وسئل عمن توفيت عن زوجها وأمها وإخوتها وأوصتْ لأجنبي بثلث مالها بعد مدة تصدق به على زوج المتوفاة، وبينه وبين الموصى له صداقة. ثم بعد مدة قال الموصى له: المتوفاة أمرتْني بردّه إلى زوجها فأنكر الزوج ذلك وزعم أن هذا الإقرار قصد به الضرر لما وقع بينهما من التشاجر. وشهد شاهدان أنّ الموصى له أبى أن يحلف حين قال إخوة المتوفاة: احلف أنه لم تكن بينك وبين أختنا مواطأة على رده للزوج. فطلب الزوج تحقيق شهادة الشاهد، هل كانت قبل صدقة الموصى له أو بعدها؟ وإن يؤرخ ذلك هل تثبت هذه الوصية لمن هي له الآن أم لا؟ وهل يظهر فرق بين ما ذكره زوج المرأة من تحقيق التواريخ أو ذلك لغو وإن حقق ما بين التاريخين؟

فأجاب: الوصية لمن بينه وبين الزوج مواصلة مع يسره فيها تهمة بيّنة. ونكول الموصى له عن اليمين يوجب رجوعها ميراثاً. والشهادة بالنكول أنه قبل الصدقة بها صحيحة، ولا يضر عدم التاريخ. وصدقة الموصى له زيادة في قبول التهمة وأنه مواطأة فلا تمضي الوصية بحال.

وسئل ابن زيادة الله عمن له بنت أخ في حِجره فزوجها وألزم نفسه بوثيقة شهوده نصها «التزم فلان أن يجهز محجورته بجهاز قيمته أربعمائة دينار داخل فيها جميع ما ورثته عن أبيها وما يصير لها من أمها بالصدقة وما يصير لها من الصدقة والميراث من بعلها المتوفى عنها. وأشهد على نفسه أنه أسقط عنها جميع ما توجّه له عليها من نفقة وكسوة وغير ذلك من وفاة والدها إلى أن بنى بها بعلها». وعلى هذا انعقد النكاح ولهذا الرجل مفاوض في جميع ما يملكه، فتوفي قبل أن يستلزم هذا الإسقاط لهذه المحجورة فقام ورثته يطلبون ما يصير لمورثهم من النفقة والرزق، فقال الوصي: ما ذكرت إسقاط الرزق إلاّ لطيب نفس الزوج، وما كانت ترزق إلاّ من مالها وهو ما ورثته من أبيها وزوجها ومن صدقة والدتها وغيرها، وهذا الشيء الذي ذكر[103 أ] أنه أدخله في جهازها وبيد الورثة شهادة تتضمن أنها تحت نظره وفي نفقته، فقال: لم أكتب عليها رزقاً، فقال الورثة: ما كتبتَ لها هذا إلاّ عندما طلبناك وتوجّه لنا عليك ولم تذكر

الإسقاط للنفقة في عقد الجهاز إلاّ وأنت كتبت عليها.

فأجاب: قوله إنه أسقط عنها ما توجّه عليها يؤذن أنه ادّعى عليها نفقة وكسوة وغيرهما، فإذا قال: لم يكن لي عليها شيء فقد أتى بما ينافي قوله أسقطتُ، ومعلوم حكم من جحد ديناً فأقيمت عليه بينة فأقام بيّنة بقضائه. وأما كتبه عليها فالظاهر رجوعه عليها كتب أو لم يكتب وما عزلته سقط قدره بحيث يكون الطلب بما زاد عليه، لأنه لم يذكر أنه حاسب به في الجهاز كغيره. وقوله: أردت تطييباً لقلب الزوج يحتمل أن يكون أخطأ على نفسه وغيره، فلا يُقبل فيه على غيره، وقد يتخرّج به العمل به عند كثرة مال المرأة وقلة مال الناحل أو غير ذلك من أحوالهما.

وقد تقدم أنّ مَن عليه ديْن فدفعه فإن الطالب يكتبه حتى يعلم قبْضه ويأخذ المطلوب وثيقة بذلك. وفي مديان البيان: من كان له على رجل حق بوثيقة فدفعه فطلب أخذ الوثيقة أو تخريقها بيده فليس ذلك له، وإنّما له الشهادة عليه وتبقى الوثيقة بيد صاحبها لدفعه عن نفسه، لأنهم قد يسمعون قبض صاحب الدين له أو حضروا دفعه ولم يعرفوا وجه الدفع فيدّعي الدافع أنه سلف أو وديعة فتبقي الوثيقة بيده تدفع عنه هذه الدعوى.

وكان شيخنا ابن رزق في ما أخبرني به غير واحد من الأصحاب وأشك أني سمعته منه يأخذها من مسألة المديان من المدونة وهو صحيح، غير أن ابن عبد الحكم يرى له أخذ الوثيقة وقطعها، وهو قول عيسى في بعض روايات العتبية.

ولأصبغ في الواضحة: في المرأة تقوم على ذرية زوجها تطلب بكتاب بقية صداقها وليس بكتاب نكاحها إذا أخذت ما فيه نقده أو أخذتْ عرضاً أو عقاراً، ولا أعلم مخالفاً لهم في ذلك، وإنّما اختلف أصحاب مالك في كتاب النكاح إذا أقامت الزوجة بما فيه وقبضته وأبت من دفعه، فقال مطرف: لهم أخذه وقطعه، وقال أصبغ: ليس ذلك لهم. وأما إذا أبي من عنده الوثيقة من الإشهاد على نفسه فقبض ما فيها وقال المطلوب: نأخذ الوثيقة ونقطعها، فليس له ويلزم

الإشهاد على نفسه يقوم ذلك من غير ما مسألة العارية من هذا السماع.

وسئل محمد بن سحنون عن رجلين بينهما زيت فكال أحد الرجلين والآخر يحمل إلي بيته حتى بلغ مائة قسط ثم كالاه بعد ذلك فوُجِد نحو سبعين قسطاً مما لم تجر العادة بنقص مثله، فقال: هذا زيتنا وهو مقر بمائة قسط ولم يدّعِ ضياعاً وأنه باق على ما هو عليه لم يمسّ ولم يحول قبله، فهل يُقبل قوله أم لا؟

فأجاب: إن اتهم حلف وكان القول قوله.

وسئل عمر بن إسماعيل المهدوي عمن مشى ليلاً في مركب لقضاء حاجة فرفع يده فجاءت في قُفّة معلقة فرمتْها في البحر فادعى صاحبها أن بها دنانير ودراهم وقامت عليه بيّنة وهو منكر، هل يلزمه شيء مما ذكر أو لا؟

فأجاب: لا يقبل قوله في الدنانير والدراهم وإنّما قيمة القفّة على ما ظهر فيها وعلى ما يشبه أن يحمل فيها على الأغلب على أقل ذلك مع يمينه أن هذا أو أزيْد منه كان فيها حتى يثبت أكثر منه. فقيل: لأي شيء كان القول قوله مع أنه لا يعرف ما فيها؟ قال: لأنه لو ادّعى معرفته بعد الإنكار لم يُقبل منه فجهله حجة عليه. وكذا إنكاره.

وأجاب: بأنه لم يجر في استعمال العادة جعله فيها والحكم [103 ب] للأغْلب في نوع القفّة وما يُعمل فيها ورفعها في ذلك المحلّ. ولو شهد العرف بأنها مما يُعمل فيها العين لقُبِلَ قوله في أقل ما يسافر به في مثله في الأغلب مثل هذا السفر. وأما دعوى المطلوب فراغَها أو ما فيها فمقبول منه لا يضرُّهُ تقدُّم إنكاره لأنه رجوع منه على العدد الذي توجبه الشهادة إلى ما لا تمنعه الشهادة منه ولا شهادة الحال لفقد علمه لأنه يمكن تقدمة فتْقها وفي ما فيها، وذكر قوليْ مالك في من أنكر أصل الحق ثم طلب المخرج منه.

قلت: أخذ هذا من قوله إذا سرق شيئاً دون النصاب فوجد فيه دنانير أو دراهم، فإن كان ما جرت العادة برفعها فيه كالثياب قُطِع، وإن لم تجْر العادة بالرفع فيه الحجر والخشبة والعصا فإنّما يعتبر قيمته فقط لا ما وُجد فيه.

وفي الغصب منها: مَن اغتصب صرة ثم قال: كان فيها كذا، والمغصوب يدّعي أكثر فالقول قول الغاصب مع يمينه، وفيها خلاف. وكذا لو رماها في بئر، انظرها في الشرح وغيره.

عبد الوهاب: إذا كانت المرأة من أهل الشرف والقدر جاز للحاكم أن يبعث إليها حتى يحلفها لأنه صيانة ولا مقال للخصم لأن مَن له إحلافها فليس له ابتذالها.

قلت: تقدمت هذه المسألة وما فيها. ويؤخذ من هذه أن الطالب لليمين لا يحضر معها وبعْث القاضي يكفي. ونزلتْ وحُكم فيها بأنه يقف حيث يسمع يمينها ولا يرى شخصها لأنه قابض لليمين، وعلى ما ذكر أيضاً يكون على وجه النيابة عنه.

ابن حدير: إذا وجب على المرأة يمين في الجامع فادعت علة لا تقدر منها للخروج للجامع وأرادت الحلف في بيتها، فقال خصمها: بل تقدر على الخروج وهي مبطلة في دعواها.

وأجاب: ابن بقي إن ثبتَ عندك أو قطعت البينة أنها لا تستطيع الخروج من علتها للجامع لا راجلة ولا راكبة وهي بهذه الحالة في وقتها هذا حلفتْ في بيتها، وإن لم تقطع بذلك فلا يمين لها إلاّ في الجامع.

وأجاب ابن حارث بأنها تُكلّف البينة في بيتها بأن بها علة لا تسطيع بها الخروج وتحلف في بيتها. وإن عجزت عن البينة حلفت في بيتها أنّها عليلة علة لا تقدر معها لا راجلة ولا راكبة، فإن حلفتْ خير المدعي بين إحلافها في بيتها أو تأخيرها حتى تفيق. ويحلفها في مقطع الحق. وإن نكلت عن يمينها بأنها لا تقدر حلف صاحبها وكلفت الخروج أو ترد اليمين على صاحبها ولا بد من ذلك.

وعن أصبغ بن سعيد: إن قامت بيّنة بقطع بالعلة حلفت في بيتها. وسمعتُ ابن لبابة يفتي بأن العليلة تحلف في بيتها في المصحف وهو عندي

حسن. وإن لم تقم لها بينة أو شك فيها حلفت على علتها كما مرّ وخُيّر خصمها بين تقاضي يمينها عاجلاً في بيتها وبين التأخير حتى تصح.

وفي اختصار الواضحة عن ابن حبيب: إذا ادعي على الصبي والغائب في أرضهما ودارهما فلا يقدم القاضي من ينوب عنهما ويحكم وترجى الحجة لهما إلاّ أن يقدَّم للصبي من ينظر له في جميع أموره فيجوز له حينئذ نيابته عنه. وتقدمت أقسام الغيبة من كلام ابن رشد، وأن الغيبة التي يحكم عليه بها في ما سوى الأصول وتُرجى له الحجة عند مالك عشرة أيام ونحوها، وعن سحنون وابن الماجشون يُقْضَى عليه في كل شيء فيها حتى في الأصول، ولا تُرجى له حجة إلاّ أن يثبت أن الشهود عبيد أو كفّار أو مولًّى عليهم، على قولهما يوكّل لهما وكيل يُعذَر إليه عنهما، وعلى قول ابن القاسم لا يوكل له، وهو الصواب إذ لا يعرف الوكيل حجته، وإرجاء الحجة أحْوَط، وقد تقدم له هذا مع أمْن الطريق والخوف يصير القريب بعيداً أو تُرجى حجته. والبحر في وقت الأمن كالبر وفي وقت الامتناع يصير[**104** أ] القريب بعيداً.

وسئل المازري: عمن اقتسم مورثه من ربع وغيره بمبايعة أو غيرها ثم أخرج ولد الميت كتاباً بخط الميت أنه صار له ربع وغيره من التركة بمبايعة وطلب القيام، فهل يحلف أنه لم ير هذا الكتاب إلى الآن، وأنه لم يُسقط حقه بعد عثوره عليه؟

فأجاب: يحلف بعد القسمة إنه لم يعلم بالكتاب لأن ظاهر القسمة تسليم الأملاك المنقسمة إلاّ أن يثبت الطالب أنه من أهل العدالة والدين بحيث إنه لا يُتهم. وأما حلفه أنه لم يسقط حقه بعد عثوره على الكتاب فيلزم إلاّ أن يظهر من طول زمانه بعد عثوره وقرائن أحوال ما يستراب به حاله في إسقاط حقه، فيُنظر في هذا.

وسئل ابن زيتون: عمن شهدت لها بيّنة إنها اشترت من زوجها السانية الفلانية بثمن كذا وقاضته بما كان لها قِبَله من كذا، وزعم باقي الورثة أنه توليج لها وأقاموا عليه شاهداً بأنه لم يزل يتصرف فيها إلى موته فهل يقدح هذا في البيع

ويحلفون مع شاهدهم أم لا؟ وكذا شهد عدلان أنه كان تصدق على صغار ولده بدار، وشهد عدلان بأنه لم يزل يتصرف في الدار تصرف المالك في ملكه إلى موته تبطل هذه الصدقة أم لا؟ وطلب الكبار منهم مهر أمّهم التي توفيت في عصمته ولم توجد وثيقة الصداق وطلبوا صداق المثل، فهل يجب لهم ذلك بعد يمين القضاء أم لا؟ واستظهر بعض أولاد الزوجة الحية باعتراف أبيهم أنه له مع ولده ثُلُث كذا وبقيته لهذا الولد، وشهد لباقي الورثة شهود بفقر الولد لا يعلمون له مالاً، وأن الأب هو المتصرف فيه وأنه غنيّ عن أخذ الدّيْن واعترف له بهذا في مرضه، فهل ينفع هذا الاعتراف أم لا؟

فأجاب: إن ثَبَت على الزوج المال المقاصص به فالبيع لازم، وإن لم يثبت، لم يثبت البيع وثبت على وجه العطية فيعتبر فيها ما يعتبر في العطية من الحوزْ وغيره، وصدقة الدار على صغار ولده إن كانت لسكْناه فلا تكون فيها إلاّ بحيازة كالأجنبي وتفريغها من جميع أسبابه بمعاينة الشهود، فإن لم يعاينوها كذلك أو عاينوها ثم رجع إليها لسكناه وأشغلها ببعض أسبابه قبل مرور عام رجعت ميراثاً ولو لم تكن لسكناه أجزى فيها إشهاده وإعلانه. والصداق إن كان الموضع الذي به الزوجان جرت عادتهم فيه بدفع الصداق قبل الدخول فالقول قول ورثة الزوجة في عدم قبضه لإقرار ورثة الزوج بصداق يدعى دفعه والقول في قدره بعد الدخول قول ورثة الزوج عند الاختلاف وإقرار الأب في مرضه لمن يتهم غير نافذ.

وسئل ابن الضابط عمن امتنع عن القضاء بنفسه لعذر المرض.

فأجاب: إذا طلب بقضاء ما حكمَ به عليه وشدد عليه فاعتذر بعد القدرة نظر ما هو أقرب للبيع من ربعه ويُشهر بالنداء عليه ويقضى من ثمنه ما توجّه عليه القضاء به، ومن وجب دينه أحق بتعجيل القضاء.

قلت: تقدم قدر ضرب الأجل في المبيع على المفلس وهو الشهر والشهران في الربع وكذا في العروض الرفيعة وفيها خلاف، وفي ما دون ذلك الأيام اليسيرة. وفي مثل الحبل والدلْو فمن ساعته، وأنه إذا أعطي فيها ما لا

تمكن الزيادة عليه غالباً إما من غريم أو غيره فإنه يباع عاجلاً.

ابن الحاج: إذا قضى القاضي بحق فيمتنع المطلوب فيجب على القاضي أخذه من ماله وإن أدى إلى قتاله قاتله ولو أتى على نفسه، ومثله الزكاة بل حق الله في ما أوجب.

قلت: هي قضية أبي بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ واتبعه الصحابة عليها وهي مشهورة باحتجاج أبي بكر بما وقع في مسلم من رواية ابن عمر، ويقاس هذا الحكم عليها[104 ب] وتقدمتْ قضية ابن أبي الجواد.

وسئل ابن الضابط عن المسجون هل له حضور الصلوات أم لا؟

فأجاب: جُعل السجن للتوثق على المطلوب والتضييق عليه لإظهار ما اتُّهِم بإخفائه من المال، ويكون حصيناً وقَيِّمُهُ مأموناً ومصلحته عامة يجب على القاضي النظر فيه وعدم الغفلة عنه. وإن لم يوجد سجنٌ إلاّ الموضع الذي ذكرت سُجِنَ في سجن السلطان إن لم تكن فيه مضرة من غرامة كثيرة وغيرها من المضار فحيئنذ يُسجن في غيره. وما ذكرت من حضور الجماعة فلا أعلم خلافاً أنه لا يحضرها. ونص ابن عبد الحكم على عدم حضوره للجمعة والعيدين.

قلت: ما ذكره عن ابن عبد الحكم ذكره ابن محرز عنه وزاد: واستحسن إذا اشتد مرض أبويه أن يخرج فيسلم عليهما ويؤخذ به كفيل بوجهته ولا يفعل به ذلك في غيرهما. ولا يخرج لحجة الإسلام ولو أحرم بحجة أو عمرة أو نذْر أو في حنث ثم قيم عليه بالدين فيسجن فيه ويبقى على إحرامه.

المازري عن بعض أشياخه: منْعه من الجمعة إنّما هو على قول من يقول إن الجمعة فرض كفاية وهو شاذ. ورد المازري بأن لها بدلاً وتسقط بالمطر على قول وأبيح التيمم إذا كثر ثمن الماء، فكذا الخوف على تلف مال الغرماء لخروجه للجمعة، والأوْلى أن لا يمنع منها إن أمكن خروجه لها مع عدم ضرر الغرماء. وانظر حق المرأة في إقامة الأسبوع في الجمعة والجماعة. وزاد في سائل الحج أنه إن ثبت عليه يوم نزوله مكة أو منى أو عرفة استحسن أخذ حميل منه حتى يتم حجه ثم يحبس بعد النفر الأول.

ولا يخرج لنفير العدو إلاّ أن يُخاف أسْره أو قتْله إن بقي بموضعه فيخرج لغيره.

وإن قذف أخرج لحدِّه ورُدَّ. وإن مرض لم يخرج إلاّ أن يذهب عقله فإن عاد عقله رُدَّ.

ابن محرز عن سحنون: إذا سجن الرجل في دين امرأته أو غيرها فلا تُتْرك امرأته تَبيتُ معه لأنه أريد بسجنه التضييق للردة فلا تبيتُ معه لأنه مناف للتضييق عليه. وزاد ابن يونس إلاّ أن تشاء امرأته الدخول إليه في سجنه في ديْنها فلها ذلك.

وإن احتاج في موضعه لأمة تباشر منه ما لا تباشر غيرها أو يطلع على عورته فلا بأس أن تجعل معه حيث يجوز ذلك.

وإن حُبس الزوجان في دين فطلب الغريم أن يفرق بينهما وطلب الزوجان اجتماعهما فلهما ذلك إن كان السجن خالياً، وإلاّ حُبس الرجل مع الرجال والمرأة مع النساء. ابن رشد: قول محمد في اجتماعهما خلاف قول سحنون، وقول سحنون أظْهر.

محمد: ولا يُفرق بين الأب وابنه في السجن ولا بين الإخوة، ولا يمُنع ممن يسلم عليه و يحدثه.

اللخمي: ويحبس النساء بموضع لا رجال فيه وأمينتُهن امرأة مأمونة لا زوج لها أو لها زوج مأمون معروف بالخير، وهو نحو قوله في المدونة أحب المواضعة على يد النساء أو رجل له أهل.

قلت: كذا دار الثقة عندنا اليوم بتونس أن يكون الرجل والمرأة مأمونين مشهوداً لهما بذلك.

ويُحبس النساء في القصاص والحدود.

وفي ثمانية أبي زيد: لا يُحبس في الحديد إلاّ من سُجن في دم. قال شيخنا: وكذا مَن لا يؤمن فراره دونه.

قلت: وهو نحو قوله في المدونة.

ومن حلَّ عبداً من قيد قُيّد به فأبق فإنه يضمنه ولولا أنه مباح ما ضمنه. وانظر نوازل ابن الحاج فيها.

وسئل ابن شعيب عمن باع متاعاً بثمن إلى رجل وبعد حلوله أقر البائعان أن المتاع لزيد ثم مات فقام المقر له يطلب تركته بالثمن والوارث محجور فعلى من يمين القضاء على البائعين أو المقرّ له؟

فأجاب: للقائم عن المحجور اليمين على البائعين لتمكنهما من قبض الثمن بمقتضى العقد إن باعا لأنفُسهما[105 أ] أو بحلول الأجل بمقتضى الوكالة إن كان البيع لغيرهما إلاّ أن تثبت معرفة المطلوب بالوكالة قبل ذلك فلا يمين له عليهما، لأن الغريم عند الدفع عارف بوكالتهما وقبضهما لغيرهما، فإن نكلا غرما له الثمن لاعترافهما له بأصله وقد استحقَّا قبضه وليس من باب اليمين ويستحق الغير لثبوت اعترافهما بالملك لغيرهما، ولذا يحلف المقرّ له بالوكالة. وإن أتى بوجه يشبه عند الحكم أو يدعي عليه ذلك البائعان على الوجه المذكور فلا بد من اليمين في الوجهين جميعاً.

قلت: تقدم كلام في يمين القضاء واليمين مع الشاهد في الصدقة هل يحلف اليمين المتصدق عليه، وهو قول أبي الحسن بن خلف، أو على المتصدق وهو قول البراء، والصواب ما للصفراوي وغيره فيها.

وسئل ابن أبي زيد عن متخاصميْن طلب أحدهما صاحبه أن يوقفه على وثيقة بيده له فيها حق فقال: لا أخْرجتُها إلاّ بعد بطالة العيد وادّعى رضى خصمه بذلك، فهل يحلف له على الصبر أم لا؟

فأجاب: إذا حضر الحكم وجب إخراج الوثيقة للطالب لينظر فيها وليس له الامتناع منه وهو من حق الطالب.

قلت: لأن قضاء القاضي من باب تغيير المنكر فتجب الفورية فيه بحسب الإمكان، وما ذُكر عن بعض القضاة أنه يرد الأحكام ويطوّلها وقد اعتذر عن

ذلك بكثرة طلاب الباطل فتطول القضية كي يقل الضرر فيكون من باب تقابل مكروهين فيرتكب أخفهما.

عن ابن العطار: لا يمين على الطالب إذا اشترط التصديق في دعوى الاقتضاء، وغلّطه ابن الفخار فيه وقال: على الحاكم استقضاء حقوق الغائب ولا يأمن من إتيان غريم يستحق مخاصمة الغريم في ما أخذ أو يستحقه دونه ولو استحال بدينه على غير غريمه ولم يشهد عليه.

ابن العطار: وكذا ينتفع الغرماء بتصديق المفلس في الاقتضاء إذا قاموا بتفليسه ولم يحلفوا، وغلطه ابن الفخّار أيضاً وقال: لا بدّ من بيانهم إذ قد يأتي من يخاصمهم أو يستحق دونهم.

قلت: وكذا إذا صدّق بعض الغرماء بعضاً في صحة دين كل واحد فيجري على هذا.

وأفتى فقهاء قرطبة في من ادّعى أنه رهن داره بكذا وادّعى الآخر أنه اشتراها بكذا أكثر من الأول، فالمشتري مدع فعليه البينة بدعواه، فإن عجز حلف الآخر أنه ما باع ولا كتب به وثيقة وأنها رهن، وبعد يمينه يغرم مدعي الشراء الثمن المدعى إن كان مثل قيمة الدار فأكثر، وإن كان أقل حلف الراهن إنه ما رهَنَهُ إلاّ بكذا وغرم قيمة الدار، وإن نكل غرم ما ادعاه المشتري ويحاسبه بما سكن.

وعن اللؤلئي القرطبي في مَن ادّعت عليه أخته قسمة ربْع بيده وذكرتْ أنها كانت لأبيها وقال الأخ: ما بيدي ملكي اشتريتُه حصل بيدي من المكاسب، واتفقا أن أباهما كانت له أملاك بهذه القرية المذكورة.

فقال: فيه خلاف بين العلماء وما عليه جلّ الفتيا أنّ على أخيها إثبات ما ادعاه وإن عجز حلفتْ الأخت أو ردت اليمين.

وسئل عمن خلف أملاكاً بقرية كذا فبقي ابنه يستغلّ زماناً طويلاً دون الخمسين فقامت أخته تطلب حقها في أملاك أبيها فقال: بيدي ربع ملكتُه بكسبي

وآخر من عند أبي فخُذي نصيبك فيه فغفل عنه حتى مات فأخذه ولده وأنكر أن يكون لعمّته فيه شيء وثبتت مقالة الأخ الأولى.

فأجاب: [105 ب] إذا ثبت إقرار أخيها بما ذكر فعلى ورثته إثبات ما استفاده بعد أبيه وإلاّ حلفت ما علمت بما استفاد وقسم بينهما على المواريث.

وسئل ابن لبابة عمن ضمّ دابة إلى داره لغيره فوجدت ميتة فادعى صاحبها أنها أزلقتْ بفعل من أدخلها داره، فهل يضمن شيئاً أم لا؟

فأجاب: يضمن قيمة الجنين لعدم عذره في إدخالها داره، وكذا يضمن ما أصابها من عطب أو عيب في حبسها.

قلت: في العتبية إذا وجد الرجل ثوراً ميتاً بحبلٍ لبعض جِيرِته فسلخه وأتى إلى صاحبه بجلده، فقال له: أنت قتلته، لا ضمان عليه بعد أن يحلف إنه لم يقتل ولم يتعدّ. ابن رشد: إذ لا يؤخذ بأكثر مما أقرّ به على نفسه. ولو قال: وجدتُه على أن يموت فذبحتُه لضمن قيمته، قولاً واحداً. ولا يدخل الاختلاف الذي في الراعي لعدم الإذن له. ذكره في سماع أشهب من كتاب الدعوى.

وانظر لو اكترى ثوراً للحرث فذبحه وزعم أنه خاف عليه هل هو كالراعي فلا يضمن أو كمسألة العتبية؟ واختاره شيخنا الإمام وحكاه اللخمي عن ابن حبيب، إلاّ أن يكون سبباً ظاهراً.

قلت: ومثله ثور العارية.

وسئل ابن زيتون عمن باعت لابنتها نصف الدار الفلانية وأشهدتْ بأنها قبضت بعض الثمن وبعضه كان سلفاً عليها من ابنتها من التزام التزمتْهُ لأبيها عن زوجها بسبب صداق كان لها عليه، وبقية الثمن لم يزلْ على الابنة وتوفيت الأم بعد عشرة أعوام وورثتْها ابنتها هذه وعصبتها فادّعوا بأنها ولّجت في البيع لابنتها وأنها مالت بها إليها وأن الغبن في البيع ظاهر وأنها لم تزل ساكنة في الدار إلى موتها، وقامت الابنة بعقد يتضمن إشهاد الأم منذ عشرة أعوام أن ابنتها المنفقة عليها وأنها متمادية على ذلك على معنى الرجوع عليها متى أمكنها ذلك، وقال

العصبة: لم تكن بالأم حاجة بل البنت تحتاج إليها، وقصدت بهذا الإشهاد الميل إليها والتوليج والفرار.

فأجاب: إقرار الأم بالدين في الصحة لازم إلاّ أن يكون المقر لها غير معروفة بكسب ولا فائدة من ميراث أو غيره أو المقر لها به لا شبهة أن يكون ثمناً للمبيع أو يشبهه ولم تر البينة الثمن كما ذكر في السؤال أو لم يزل المبيع بيد البائعة إلى موتها فهو توليج.

وعن ابن القاسم في من باع من ولده الصغير أرضاً بعشرة وثمنها مائة ولم تزل في يده إلى موته فهي موروثة عن الأب وللابن العشرة.

وقال: من أشهد في صحته أنه باع منزله من امرأته أو ابنه أو ابنته ولم تعاين البينة الثمن ولم يزل المنزل في يد الأب إلى موته لا يجوز وهو توليج.

قلت: وتقدم في البيوع بعض التصييرات.

وسئل البرجيني عمن تزوج من البادية امرأة أجنبية منه بكالىء ومعجّل، فساق والده ـ على عادة البلد ـ عن المؤجّل خمسين زيتونة في أرض متسعة محدودة فيها شجر زرعه ما ذكر ولهذا نحو سبعين عاماً معقوداً بشهادة شهود واحد منهم مقبول، وقُطع بعض هذه الشجر وبقي بعضه رأساً وبعض ما قطع باقيه وشجرتان من الخمسين خارجة عن هذه الأرض، وشجر هذه الأرض الآن بعضه في يد بعض ورثة [106 أ] الزوجة وبعضه بيد أجانب بالشراء، فقام الآن وكيل عن بعض ورثة الزوجة وهو غائب بالمشرق يطلب نصيبه من الخمسين المسوقة في الصداق، وليس في يد الغائب من الأرض ولا من شجرها شيء. فقال ورثة الوالد: إن جميع الأرض بما فيها لوليّنا ونحن نخرج لكم فيها العدد المذكور والباقي لنا، فقال من تحت يده الأرض: ليس لوليكم منها إلاّ ما ساق عن ولده ولو كان له أكثر ساق بقية العدد من غير هذه الأرض. وصفة قسمة ثمرة الزيتون الآن على أنصباء معلومة وقسمة أرضه على ذلك، فكيف يكون استخراج هذه الثمار والأربعين شجرة من هذا الشجر؟ وقسمة الأرض أيضاً كيف تكون صفتها وتحت يد بعض ورثة الزوجة من هذه الأرض نحو السبعين شجرة؟

فأجاب: قال عليه الصلاة والسلام «البينة على من ادعى واليمين علي من أنكر» فدعوى ورثة والد الزوج وورثة الزوجة أن جميع الأرض وما فيها من أملاك مورثنا حاشى الثمانية والأربعين شجرة إن لم يثبتوها بموجبها باطلة، إذ ملك وليهم للأشجار المسوقة لا توجب ملك الباقي دون إثبات، ووكيل الغائب إن اعترف له ورثة الزوجة بالنصيب أو ابنته هو دخل معهم. ومن بيده شيء من هذه الأرض يحوزها السنين الكثيرة فهي له، إلاّ أن يثبت القائم ملكها أو ملك من تصير إليه منه وحيازتها كانت كذا وفي غيبة أو لعدم تمكُّنِه من الطلب لعذر يذكره فلا أثَرَ حينئذ لهذه الحيازة وإلاّ فلا حكم لهؤلاء.

وكيفية استخراج الثمانية والأربعين شجرة من هذه الأرض مع إشاعتها بعدّتِها تضاف إلى عدد بقية شجر الأرض وتقسم الغلة على جميع العدد مثل أن يكون جميعها مائتي شجرة فلورثة الزوجة ربعها إلاّ خُمُس خمس الربع والغلة كذلك. فما ذهب من الشجر كانت سنة ذهابه كذلك، فإن لم يُعلم قدر الذاهب بُحث عن أصولها وقُسم على ما يظهر بعد البحث، فهو غاية المقدور. وما بيد ورثة الزوج منها وادعى صيْرُورتَه له بوجه جائز فعليه إثباته وإلاّ فلا يصير له إلاّ قدْر نصيبه من الميراث فقط. ومن أراد تحليف ورثة الزوجة على استحقاق الصداق بالشاهد فالقائلون يخرج الشجر المساقة منها فهو إقرار منهم، فلا يمين لهم على الورثة، ومن أنكر فله اليمين على من يستحق الصداق مع شاهده.

وسئل ابن البراء عمن تزوج امرأة وهو من البادية ثم تزوج أخرى وساق لها في صداقها أملاكاً له بداخل قصره وخارجه فبقيت معه نحو عشرين عاماً وتزايد له أولاد ثم توفيتْ هي وهو كان يستغل تلك الرباع في المدة المذكورة فقام أولادها يطلبون ما اغتله أبوهم من ربع أمهم في تلك المدة، فقال بقية الورثة: هي كانت حاضرة ساكتة فلم تطلب وهو دليل رضاها، وعادة البادية يسوقون الرباع ولا تزال بأيديهم يستغلونها، فقالوا: لم تأذن له في ذلك فهل لهم مقال أم لا؟

فأجاب: المرأة ملكت الصداق بالدخول بها ومنافع المملوك تابع لأصله

وتصرف الزوج فيه إن كان بتوكيل أجْريَ حكمه، وإن كان بتعدٍّ فله حكمه، وإن كان كما ذكر بحكم العادة فإن سامحَتْه بذلك فعلى ذريته إثباته وإن كان لقهر الزوج لزوجته فلا يسقط إلاّ بما يدل على رضاها وإذنها. وفرضها المتقدمون والمتأخرون في الزوج يزرع ربع زوجته وهي تنظر ولا تنكر [106 ب] فكلّهم جعل لها القيام بعد يمينها بعدم رضاها أو من يستحق ذلك عنها. فمن حلف منهم أن ملك وليتهم ومنافعه لم يعلموا بانتقالها عنه بوجه فله الأخذ، ومن نكل حلف الزوج أو ورثته على الوجه الموجب للبراءة منه أو غيرها، فمن حلف من الجانبيْن أحقّ حقّهُ، ومن نكل حقّه للحالف الآخر.

وسئل عن رسم مضمّنه أن شهوده توجهوا لدار علي بن محمد بالمهدية وذكر لهم أن ببئرها رجلاً ميتاً، فنُظر للبئر المذكورة المعدة للوضوء والطهر وأشكل أمره فاستأجر جماعة ممن حضر رجلاً بدراهم فنزل البئر فربط الميت وأصعِد فوُجد ولدٌ مراهق للبلوغ يُعرف أنّه عبد الله بن زكريا القرقني وقيّده شهوده بذلك لرغبة من رغّبهم في ذلك. فسئل صاحب الدار: كيف جرى؟ فقال: أخذْتُ عبد الله المذكور هو وصاحبه لينزل البئر ولا أنزلته. وأنكرتْ أم الميت[1] وقالت: بل أنزلتَه أنت وزوجتك وغررتما به، ولم تعلماه أنكما تلقيان فيه النجاسة والأوساخ. وتحقق أن البئر المذكورة تلقى فيها الأوساخ وما يوجب نتْنَها لشدة نتنها. وكان والد الميت غائباً، فهل يجب على صاحب الدار شيء مما ذُكر في العقدين السابقين أم لا؟ وقد ادّعى والد الميت أن ولده لم ينزل إلاّ برغبة صاحب الدار لا بإجارة وإنّما ادعاها ليُسقِط الضمان.

فأجاب: على المدعى عليه إحضار الرجل الذي ادعى أنه كان قريب الميت وعليه بيان اشتراط من بيده البئر على ما ظهر منها من أنها متزايدة الضرر. وتُختبر هذه البئر فإن كانت بحيث إذا ألقى فيها الشخص تلف أو لا يقدر على التخلص لفقد الحركة قوي الاشتراط وبيانه حتى يتحقق عدم التغرير. وقد تحقق وجدان الميت في هذه البئر واعتراف صاحبه باستئجاره والرجل الذي معه، فلا

(1) ثلاث جمل سقطت من أ.

بُدّ من بيانه وإلاّ فهو مطلوب بدمه حتى يأتي بالمخرج في ما قيد على نفسه.

وسئل ابن مشكان عمن زوّج ابنته البكر من رجل ثم تصدق عليها بعد العقد بنصف دار ثم أراد بيعها بعد أن حازها لها ويجهزها بذلك.

فأجاب: هو الناظر لها وفعله جائز محمود على النظر حتى يظهر خلافه.

وسئل عمن خاصم رجلاً في مزرعة فقام أحدهما ببيع صحيح بشهادة وقام الآخر بشهادة عامة وزُكيتْ وكتب في تزكيتها أنهما الآن من أهل الخير والصلاح ممن تُقبل شهادتهما في ما شهدا به، ثم إن أحد شهود التزكية مضى على شهادته ورجع الآخر عن شهادته وقال: لا أعلم الموضع ولا أحده، فلمن تكون المزرعة المذكورة؟

فأجاب: إذا كانت المزرعة بيد صاحب البيع الصحيح فلا تنزع منه بما ذكر من شهود العامة والتزكية الناقصة وقد انتقضت، وغاية الحكم أن يحلف من هي بيده أنه لا حق للقائم فيها لا بمباشرة ولا واسطة.

وسئل ابن أبي زيد عما وجب تقويمه في البيوع الفاسدة والاستحقاق على فوْت المبيع، على من تكون أجرة المقومين؟

فأجاب: هي على البائع لأنه الآخذ للقيمة لأنَّه يدعي ما لا يدري قدره والمبتاع يقول عيّن ما يجب **[107 أ]** عليّ رده.

قلت: تقدم الكلام على أجرة الكيل وسقي الثمرة في البيع وقلع حلية السيف وزوال العمود من المبيع وأجرة الوثيقة فتجري هذه المسألة عليها.

ابن الحاج: أفتى الفقهاء بأن الغلة الموقوفة من يوم حيازة الربع المحبس لأجل النظر فيه أنها تكون للمحبس عليهم وحكم به القاضي وهو قول مالك في الموطإ في مثل هذا.

قلت: تجري على غلة الموقوف للخصومة والموقوفة للفصل للتركة، هل هو للموصى لهم أو داخل في مال الوصي؟ انظره في كتاب الوصايا الثاني.

وفيه أيضاً: ليس العمل عندنا في الغلة بما في المدونة أنها للمشتري إلى

أن يقضى للطالب بل على ما في الموطإ في الشفعة أنها للمشتري من يوم ثبوت حقه وهذا إذا كانت بشراء ولو كانت بيده بمورث أو غصب كان عليه الكراء منذ انتفع بها.

وحكي عن بعض القضاة أن الفقهاء بقرطبة أفتوا بذلك من يوم ثبوت الحكم، ومن افتدى من يمين وجبت وهو فيها بار لو حلف فليس ذلك من إضاعة المال بل هو من صيانة الأيمان.

قلت: هو قوله في المدونة ومن لزمته يمين فافتدى منها بمال جاز ذلك. وكان يتقدم لنا في المجالس وقيّدنْاه عن بعض شيوخنا يحتمل الجواز ابتداءً أو بعد الوقوع. واختلف اختيار الشيوخ فمنهم من اختار الحلف وهي سيرة عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ في قضيته مع أُبَيّ في أواخر الطرر، ومنهم من اختار الصلح وهو الذي كان عليه عثمان، وأظنه في الموطإ عن ابن عمر. ومن شيوخنا من اختار الأول إذا كان الطالب ذا جرأة والثاني إذا لم يكن. أبو عمران: إنما أجازه لئلا يقال إنه أطعمه مالاً باطلاً لأنه يقول دفعتُ به ظلماً على نفسي وهذا ما لم يحرّم به حلالاً أو يحلل به حراماً، وتفسيره في أبواب الصلح.

وكره بعض العلماء الافتداء مطلقاً لخمسة أوجه: أن يفتح على نفسه أبواب التهم وتسليط الأخذ على أموال المسلمين وأطعم أخاه لقمة حراماً وضيّع ماله، ونهى عنه عليه الصلاة السلام. ونسب الجهل إلى أفاضل الصحابة مثل عمر، وأجوبتها تؤخذ ممّا مضى، ففعل عمر مقابل لفعل غيره من الصحابة.

ابن الحاج: سئل أصبغ عن رجل اشترى داراً بكل ما فيها وبكل حق هو لها ومنها. فادعى رجل في حائط منها وأثبته، هل للمشتري الرجوع على البائع بالحائط المستحق؟

فقال: لا، ولا عليه يمين إلاّ أن يزعم أنه باعه هذا الحائط بعينه فيحلفه اليمين، ولو حدّها أو وصف جميع حيطانها لكان الرجوع بقدر الشيء المستحق، وهل دخلتْ عليه الداخلة إلاّ بترك تحديدها؟ هذا الذي لا يخفى على ذي نظر.

فلمثل هذا وشبهه احتيج إلى استيفاء الحدود، وفيها ثلاثة أقوال: أحدها ما قدمناه، الثاني أن الرباع لا توقف إلاّ وقف منع من الإحداث [107 ب] وقوله أخيراً توقيف العقلة بشاهد واحد على قوله من القضاء بالشاهد واليمين.

وفيه: إذا كان بيد المفقود قراض وودائع فلا يحكم لصاحبهما بهما في ماله حتى يحكم بتمويته بخلاف الدين في الذمة لاحتمال لو حضر لادّعى الضياع أو الخسارة في القراض.

ونزلت في رجل فقد في هزيمة فقلتُ فيه هذا.

وفيه: من كان له دين دراهم فانقطعت سكّته أفتى الفقهاء ليس لصاحب الدّيْن إلاّ السكة القديمة، وأفتى ابن عتاب بأنه يرجع لقيمة السكة المقطوعة من الذهب، فهو الواجب له وأمر القاضي أنه يحكم به.

ابن عبد البرّ في حديث ذي اليدين حجة إذا نسيَ القاضي الحكم فشهد عنده عدلان فإنه يرجع إليهما خلافاً للنخعي والشافعي، واعتذروا عن هذا باحتمال أن يكون تذكراً لما أخبروه ثانياً. وفي حديث «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» أربعة أحكام؛ حكم على الغائب، وحكم الحاكم بعلمه، وانتصاف مَن له حق تحت يده وإن كان خلافاً، وأن من سرق سرقة قدم للقطع فأثبت أنه جحد له صاحبها حقاً كان قبله، سقط القطع لموضع الشبهة.

ابن الحاج: في رجل باع ماله في معصرة وهو النصف على الإشاعة من رجل وبقيتها لأخته وأمّه وعمته، وبعد ذلك بأيام حبس جميع ماله من ربع على بنيه لم يبق فيه لنفسه شيئاً، وبعد ستة أعوام من هذا استظهر بعقد منذ ثلاثين سنة قبل تاريخ البيع أن والده حبّس عليه حصته من المعصرة وهو الثمن، وما بيد أمه وأخته صار إليهما بالميراث معه من أبيه، فهل هذا التحبيس في هذا الشقص عامل أم لا؟ وإذا كان عاملاً هل يختص بما في يد المبتاع من المبيع أو يشيع في جميع المعصرة؟ وهل عليه إثبات ملك المحبس لهذه المعصرة أم لا؟ وهل يرجع المبتاع في ما يستحق من يده في الأملاك التي حبسها البائع على بنيه إذا لم يكن له شيء يؤدي منه الثمن للمبتاع أم لا؟ وهل هو عيب يوجب للمبتاع الردّ أم

لا؟ إذ ليس المبيع مما ينقسم، وإذا رُدّ بالعيب فهل يرجع بجميع الثمن في الأملاك المحبسة على بنيه مع المردود بالعيب أم لا؟ وهل يُجْبَر المحبس عليه على البيع مع بقية أشراكه أم لا؟ لكون الربع المذكور لا ينقسم.

جوابها: الواجب على القائم بالحبس أنه يُثْبِتُه مع ملك الحبس له، فإذا ثبت ذلك وجب الثمن له شائعاً في جميع المعصرة لا مبيعاً ولا غيره على قدر حصصهم، ثم يرجع المبتاع بثمن ما ينوب حصتّه من الجزء المحبس على البائع إن كان له مال، فإن لم يكن فينظر يوم تحبيسه لجميع الأملاك، فإذا أبقى بيده قدر ما ينوب المبتاع من الحصة المحبسة على البائع وما ثبت من التحبيس عيب في جميع الحصة المبيعة وللمبتاع الرد أو الأمساك، فإن ردّ ولا مال للبائع بيعت الحصة المردودة في بقية الثمن، فإن كان كفاف ديْنه مضى وإن كانت زيادة قَاصَّه بها في ثمن ما ينوبه من الحصة المحبسة، وإلاّ فهي عيب يرد بها المشتري إن شاء أو يرضى بذلك.

وفيه قام بعقد في فدان وذكر حدوده، ومن نصه أنه من أملاك التجاني إلى أن اشتراه منه فلان قبل تاريخ هذا بثلاثة [108 أ] أعوام ولا يعلمون التجاني المذكور فوّت الفدان المذكور إلى أن باعه في جملة أملاكه من فلان المذكور وتجوّزوا الفدّان متى دُعوا إليه. وذلك بتاريخ شهر رمضان من سنة ست وتسعين وأربعمائة. واستظهر المقوم عليه بعقد يقتضي معرفة فلان ابن فلان وأنه توفي وخلّف ورثـة له وتوفي بعضهم وخلف، وكمل عقد الوفاة. وأشهد شهوده أن من أملاك الميت الأول ملكاً من أملاكه ومالاً من أمواله وفي اعتماره واغتلاله جميع الفدان بالموضع الذي ذكره فيه أولاً وذكر حدوده بعضها يخالـف في اللفظ بعض حدود الأول. ثم ذكروا أنهم لا يعلمونه فوّته بوجه من الوجوه إلى أن توفي وورثه ورثته، ولا يعلمون مَنْ ذكر فوته إلى تاريخ هذا الكتاب، وتجوزّه شهوده متى دُعُوا لذلك. وذلك في المحرم سنة سبع وتسعين وأربعمائة. واستظهر أيضاً المقوم عليه على القائم المشتري الأول بأنه شهد في عقد ابتياعه من صالح مع جماعة غيره قبل اشترائه هو وشهد أيضاً في قسمته بين مالكيه بعد اشترائه، واعتذر بقوله جهلتُ عقد شهادتي على قسمته أن يكون

داخلاً في الأملاك التي اشتريتها، فهل يُقبل عذره المذكور أم لا؟

جوابها لأصبغ بن محمد: العقد المؤرخ بمحرم سنة سبع وتسعين المتضمن معرفة شهدائه ملك الفدان المذكور لأبي العبّاس هو الذي يجب الحكم به إن شاء الله.

قلت: إنّما كان الثاني أعْمل لأنه أنصّ في الملكية وخط الرسم بموجباته واستمرار زمانه، وهما شبه المطلق والمقيد فالمصير إلى الثاني أوْلَى.

وفيه عامل عبد الرحمن الفلاني ابن عتاب ومن شركة في قريته على عمل رحىً وإقامتها فإذا تمت كانت بينهما نصفين، وعقد ذلك ابن عواد على ما ينبغي. فلما كمل زعم أصحاب الأرض أنه وجِد فيها بيتٌ خرِبٌ وقنوات أرحاء قديمة، وأقر بذلك عبد الرحمن في ما أحسبه. فوقعت الفتيا بأن يرد إلى جزء أقل بقدر ما يقدر من عمله كالمساقاة على النصف يعمل بعض العمل. ثم أراد عبد الرحمن الخروج عن الرحى فوجب أن يقدر له نقصه، فرأى جماعة من أصحابنا الفقهاء أن تكون له القيمة مقلوعة، وخاطب ابن عتاب بذلك القاضي فقال: وهل تكون له القيمة مقلوعة؟ فقلت لابن سفيان: هذا غير صحيح، إنّما ينبغي أن تكون القيمة قائمة لأن في العقد ذكْرُ بيت خربٍ فدخل على أن يبني على البيت الخرب وأذنوا له في ذلك فينبغي أنّ ما يُبْنى على البيت الخرب يكون قائماً وما على القنوات مقلوعاً. ولو قيل القيمة في الكل قائماً لكان صحيحاً، لأنه قد علم أن للبيت الخرب قنوات خربة فكأنّهم أذنوا له في ذلك، ومن قال مقلوعاً فلا يصح. ونص ابن المواز في المشتري يبني الشقص ثم يقوم الشفيع أنه يأخذه بقيمة البنيان قائماً.

قلت: هو ظاهر المدونة فيها، وإن كان العمل في الشفيع على خلافه. وما ذكره من هذه المعاملة فلعله رآه من باب بيع الربع على أن يقبض إلى وقت يجوز التأخير إليه ويصف البناء فيها وجميع ما يحتاج إليه تفصيلاً كما قال في كتاب الإجارة ولا بأس أن تؤاجِر على بناء دارك هذه والحصى والآجر من عنده وهذه إجارة وشراء، ولما تعارف ما يدخلها وأمد فراغها كان كذكر الصفة

والأجل لأنه وجه ذلك أمر قد عرف. قال غيره إن كان على وجه القبالة ولم يشترط عمل يده إذا قدم نقده وليس من باب المغارسة ولا عمل المعدن وقياسها على المساقاة إنّما هو في المحاسبة بالجزء الناقض لأجْريها عليها[108 ب] مطلقاً.

وسئل عمّن باع لرجل سلعة وأهدى له هدية ثم مات ولم يكن عليه بيّنة وقد علم الوارث بالمعاملة وأنكرها وادعاها الأول.

فأجاب: على الطالب إثبات وفاة المطلوب وعدّة ورثته، فإذا فعل ذلك وقف الورثة على الإقرار بالمعاملة، فإن أقَرّوا وادّعوا الدفع فعليهم البيّنة وإلاّ حلف الطالب أنّه ما قبض الثمن ولا أسقطه عن مورثهم بوجْهٍ من الوجوه وأخذه من التركة. وكذا إن أنكروا المعاملة فأقام الطالب عليها بيّنة لا مدفع فيها وإن لم يكن شيء من الوجهين وحقق الطالب عليهم معرفة المعاملة لَحِقتهم اليمين إنهم لا يعلمون أباهم عامل الطالب في ما ذكره، فإذا حلفوا سقطت دعواه وكان للورثة جميعاً. وكذلك الحكم في الهدية المذكورة في الثواب.

ابن نافع عن مالك من قضى رجلاً دراهم من بيع أو قرض فوجد فيها دراهم سوء يحلف المعطي فيها على العلم وإن ردها من نقصان وزن أو ضرر بيّنٍ حلف المعطي فيهما على البت، فإن نكل حلف الآخر على البت ثم يُبْدِلُها له.

مسائل من الضرر وجري المياه والبنيان والتفليس والمديان والحمالة والحوالة والرهون ونحو ذلك

وقد تقدم بعض مسائل هذا الباب. وقال رسول الله ﷺ «لا ضَرَرَ ولا ضرار» واختلف العلماء في تأويله فقيل تأكيد. وعن ابن حبيب: لا ضرر: لا تُدْخلْ ضرراً وإن لم تتعمده، ولا ضرار أي لا يضار أحد بأحد. وعن أبي حفص: الضرر مباشرة الرجل له، والضرار أن يكون من سببه. وعن القنازعي: الضرر أن لا يضر بجاره ولا غيره، والضار الفعل الذي يضر بنفسه. ابن الحاج عن ابن سراج: معنى لا ضرر أي لا يضر أحد بأحد، ولا ضرار أي لا يجازي على الضرر بمثله فهو مفاعلة. والحديث عام لأنه ذكره في سياق النفي فيجب الحكم في كل ضرر أن يقطع بهذا الحديث.

قلت: وبه استدل مالك في إذا عضل الرجل ابنته، وصدر به ابن أبي زيد في بعض أبواب رسالته دليل عمومه في كل شيء.

وقال رسول الله ﷺ إذا اجتمع ضرارن نفي الأصغر للأكبر، وإذا التقى مكروهان ارتكب أخفّهما» ومعنى ذلك إذا ألجأتْ الضرورة إلى ارتكاب أحد المكروهين فيُرتكب أقلّهما مفسدة، من باب تقليل الضرر ما ستطاع المكلف.

فمنه ما سئل عنه ابن رشد وهو عقد مضمنه أن صاحب الأحكام ببلد كذا وجّهَ عرفاء بأمور البنيان وعيوب الدور وعقود الجدارات فرأوا حائطاً بين دار عبد الملك وعيسى مشتركاً بينهما، وأن عبد الملك بنى غرفة على نصيبه من الحائط المذكور طولها أربعة ألواح بناها بحرف كدار وفي ثالثه طبقتين في مواجهة لبيوت دار عيسى سفلها وعلوها وتضرر به ضرراً بيّناً إن رش المطر

وعواصف الريح تعكس على الدار المذكورة وتمنعه من هبوب الرياح وأظلمت عليه داره ومنعته الرياح الشرقية لكونها في هذه الجهة، وأن هذا البنيان المذكور ينقص من قيمة الدار المذكورة السدس أو نحوه إذ لا يؤمن وقوع البنيان في دار عيسى المذكور عند هبوب الرياح وهزة الزلازل. فمن تحقق ذلك حسب نَصّه قيّد بذلك شهادته، فهل هذا الضرر يوجب هدم تلك الغرفة على عبد الملك أم لا؟ وقد كان عيسى غائباً عن الموضع حين البناء المذكور ولم يقسم الجدار المذكور بينهما، وهل الجهة الشرقية مساوية لغيرها من الجهات أم لا؟

فأجاب: ليس هذا من الضرر الذي يجب الحكم بقطعه على مشهور المذهب، وقيل يجب [109 أ] قطعه. والذي أراه في هذه النازلة أن يركب قاضي الموضع وفقهاؤه وعدوله إلى هذه الدار فإن ظهر لجميعهم ظهوراً لا يشكون فيه أن الضرر الداخل على صاحب الدار ببقاء البناء بالعلل التي ذكرها أكثر من ضرر هدم البناء على صاحبه هُدِمَ عليه، وإلاّ لم يهدم لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا اجتمع ضرران نفي الأصغر للأكبر».

وسئل عمن له غرفة يقابله سطح بيت لجاره ولا يرى منه شيئاً غير السطح والسطح متصل بالغرفة غير أنه تحت الباب، وبقي على ذلك دهراً حتى باع صاحب البيت داره فأراد المشتري أن يرفع في البيت حتى يعلو كالغرفة فيسدّ عليه بابه، ومنعه صاحب الغرفة.

فأجاب: لصاحب البيت أن يرفع في بنيانه ما شاء وليس له أن يسدّ باب الغرفة إن كان فيه منفعة على البائع إذا رفع بنيانه ويقال لصاحب البيت: استر على نفسك إن شئتَ إلاّ أن يكون في باب الغرفة منفعة إلاّ بالتطلع عليه فمن حقه أن يسدّ عليه لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ضرر ولا ضرار» وأفتى فيها ابن الحاج بأن له رفع البيت ما أحبّ ما لم يضرّ جاره.

وسئل عن بابين متقابلين بينهما زقاق نافذ فعمد أحدهما ففتح باباً وحانوتين في داره ولا يمكن أن يدخل أحد أو يخرج حتى يراه من هو بالحانوتين من الناس، وهو يضر به في ذلك.

فأجاب: إذا ثبتَ ما ذكر فيؤمر صاحب الحانوتين والباب بالتنكيب عن باب جاره وإن لم يجد سبيلاً ترك ولا يحكم عليه بغلقهما.

قلت: كذا وقع في الرواية أن الحانوت كالدار وبابها وأن الخلاف فيهما معاً واحد، حكاه ابن رشد في كتاب السلطان من الشرح. ورأيتُ في التعليقة المنسوبة للمازري عن المدونة عن السيوري أو غيره من القرويين أن الحانوت أشدّ ضرراً من باب الدار لكثرة ملازمته الجلوس فيه، وأنه يمنع بكل حال.

ووقعت بتونس في هذا العصر بين يدي بعض القضاة وأفتى فيها شيخنا الإمام بما وقع في الرواية وهو التسوية بين الباب والحانوت، وحكم بذلك اقتداء بفتوى الشيخ ولاتباع الرواية والصواب ما قاله بعض القرويين لشدة الضرر المذكور وللخلاف في أصل المسألة مطلقاً.

ابن الحاج: في درْب غير نافذ فيه باب دار لرجل وكان إليه حائط لبعض الجيران ففتح إليه باباً فلم ينكر عليه جاره وكان قديماً ثم طمسه ووهب الدار لابنته فأرادت الابنة فتح ذلك المطمور. فأفتى ابن رشد بمنعها من ذلك وكأنه لمّا طمسه ووهبه الابنة سقط حق الباب. ويحتمل أن ذلك لها وكأنها عليه دخلت كما كان للواهب ذلك.

قلت: إن كان طمسه بزوال شواهده وبقي على ذلك زماناً فالصواب أنه يمنع الواهب من فتح ذلك فضلاً عن الموهوب لأن الجار جاز عليه ذلك بعد أن أسقط ضرره، وتقدم في مسائل الأقضية بعض هذا، وإن كان أغفله وأبقى شواهده فالصواب جواز ذلك للموهوب لأن كل حق للواهب فإنه يتنقل للموهوب فكما جاز للواهب فتحه فكذلك الموهوب. ويحتمل على أحد القولين في من ثبت له حق القيام بضرر فباع قبل القيام بذلك فلا حق للمبتاع في القيام فيلزم هنا كذلك في الموهوب ومن يقول إنه أحق تصير للمشتري فكذا الموهوب هنا وبالأول مضى العمل وكأنه حق أسقطه وباع.

وفيه الانتفاع بالأقنية من الطرق ما لم يضرّ ذلك بالمارين ولا خلاف فيه، بخلاف الاقتطاع لها وبالتمليك منها.

قلت: [109 ب] كذا وقع في الروايات الانتفاع دون الاقتطاع.

ووقع في كتاب السلطان في رحبة بين داري رجل ليس له أن يحوزهما بباب لحق المارة. ووقع للخمي ما ظاهره جواز ذلك إذا لم يوقع ضرراً على المارين بتضييق طريق عند اصطدام الأحمال ونحو ذلك. ووقعت المسألة بسيدنا الإمام ـ رحمه الله ـ فشاور فيها شيخه القاضي ابن عبد السلام وكان لها شواهد تقتضي أنها كانت درباً وقد شاهدنا بعضه فمنعه من ذلك وقال: قد مرت الأعصار على تركه، وقد كان أراد أن يفعل ذلك لضرورة نزلت به أَلْجأتهُ إلى ذلك، فلما كان هذا الوقت بناه وتمّمه لما صارت الدار حبساً فهي الآن محوزة. وأظن أني سمعتُ أنّ في عقدها التنبيه على أنها درب ولا شك أنه مقدم في الانتفاع بالفناء في ربط دابته أو إلقاء كناسته أو حفر بئر مرحاض ونحو ذلك ما لم يضر بالمارة، حتى ادعى ابن رشد أن له كراءه لأن من ملك المنفعة جاز له بيعها. والصواب أنّ له الانتفاع فقط فليس له التصرف التام كبعض الأحباس.

واختلف إذا اقتطع شيئاً من الفناء وأدخله داره فالمشهور نقضه وردُّهُ لما كان عليه، كما هدم عمر كِيرَ الحداد. وقال أصبغ: إن لم يضيّق على الناس فلا تهدم، وبيانه في الأمهات.

وفيه: إذا كان الاطلاع لا يكون إلاّ بواسطة سلّم أو كرْسي لم يطمس المطلع منه ويمنع الاطلاع، وبه جاءت الروايات، إلاّ أن يكون الموضع مما جرت العادة بسكنى من لا يؤمن مثله فإنه يطمس ولا يهدم. وبه تقدم الحكم في حجرة كان يطلع منها على حمام وأمر بهدم حانوت كان يجاور الحمام ويجلس فيه أهل الفضول لنظر مَن يخرج من الحمام من النساء.

قلت: قوله إذا كانت الواسطة في النظر كرسياً لم يمنع، معناه إذا كان أطول من السرير، لأن في المدونة في مسألة السرير إذا كان يطلع منه على الدار يمنع، وهو الذي حكم به عمر. وأعرف لأبي حفص: ولا يمنع لتجويز تسّوره في السلم، لأنه قد يتسور منه الوقوف بالشارع ليتسور من يخرج من الدار، وكذا لا يراعى اطلاعه على السطح لمن يطلع عليه بدليل مسألة الشارع. وفيه أيضاً

الاطلاع إذا كان محدثاً يغيّر بالحاكم فالذي يطلع منه هو الذي يغيّر عن حاله.

قلت: يريد بزوال شواهده.

واختلف إذا شك هل هو محدث أو قديم هل يحلف؟ يحمل على الأول أو الثاني قولان حكاهما ابن سهل عن أحكام ابن زياد وكتاب ابن سحنون بناء على استصحاب الحالة السابقة واللاحقة وهو القدم والحدوث.

وفيه: رحاب جامع إشبيلية من الجوانب الأربع اتُّخذتْ حوانيت يباع فيها سائر الفواكه والخضروات وكثر التضييق على الناس من النفاذ إلى باب من أبواب الجامع إلاّ بالمشقة الشديدة ويصلي الناس الجمعة في الحوانيت والشوارع البعيدة عن الجامع، ويُباتُ في تلك الحوانيت بالفواحش بالسماع الفاشي، ويُذكر أنه يكريها ممن يسكنها في السر، فإذا ذكر شيء من أمرها زعم مَن سئل عن الرحاب المذكورة أن السكنى فيها زينة للبلد، وأنه أدرك السلف الماضي على ذلك. وإذا ثبت كراؤها لمن يأخذها سراً فهل تُكْرى علانية لمن ينفقه في مصالح المسلمين من الثغور؟ وهل يجب على الإمام تغيير مثل هذا أو تُخَلّى فيرتفق به المصلون يوم الجمعة أم لا؟

جوابها: إذا ثبت ما ذكرتَ [110 أ] فواجب على من ولاه الله أمر المسلمين إذا ثبت أن هذه الحوانيت اتُخذت في رحاب الجامع اللاصقة به وحِيزتْ وثبت أمرها أن يأمر بتغيير رسمها ويُعَفّى أثرها وصرف موضعها براحاً كما كانت لما فيه من التوسعة على المسلمين والرفق بالمصلين. ونهى عليه الصلاة والسلام عن أشياء أصل نهْيِه عنها فيه رفق بالعامة من ذلك قوله «لا تلقوا الركبان ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا يبيع حاضر لبادٍ ولا تناجشوا» وما قاله أهل العلم في تضمينهم الصنّاع وإخراجهم من بين سائر الأجراء، ونهى عليه الصلاة والسلام عن الضرر فقال «لا ضرر ولا ضرار»، وقال عبد الملك بن الحسن عن الحسن في الرجل يبني بيتاً فيتزيد ذراعاً من الطريق وتبقى الطريق ثمانية أو تسعة فقام جاره من جهة الطريق الأخرى ينكر عليه، فقال: أرى أن يهدم ما كان بني في الطريق. وحديث الرجل من بني مخزوم مع أبي سفيان حين ظلمه أبو سفيان

حدا في موضع فاستعدى عمر بن الخطاب عليه، إلى آخر الأثر.

قلت: ولقوله عليه الصلاة والسلام في صحيح مسلم «من اقتطع شبراً من أرض بغير حق طوقه الله من سبع أرضين» الحديث وقوله «لعن الله من غيّر منار الأرض» وفي بعضها تُخُوم الأرض إلى غير ذلك.

ومراده بالرحاب هنا الأقنية كما وقع في كتاب الأقضية للّخمي في رحاب المسجد. وقال أبو عمران في التعاليق: رحبة المسجد صحنه، زاد غيره من المغاربة: ما يأخذه الغَلَقُ فهو غير هذا. وكذا وقع عندنا في شرقي جامع الزيتونة بتونس أراد الفقيه أبو سعيد أن يُحدث حانوتاً بقرب باب الزرائع عند شوكة الجامع الأعظم بدكاكينه، فغيّره شيخنا القاضي أبو العباس بن حيدرة فلم يتمّ. وأما من يجلس تحت دكاكين جامع الزيتونة وليس هو من فناء الجامع وإنّما هو من شوارع المسلمين العامة فمتى ضيّق على المارة مُنِع وإلاّ جاز ما لم يحدث فيه بناءً كما فعل عمر ـ رضي الله عنه ـ لصاحب الكير. ولم يزل الإنكار عليهم يقع ثم يضعف وهو ـ والله أعلم ـ بحسب الأوقات والحالات من كثرة الناس وقِلّتهم.

وفيه: الاطلاع من البُنيان على الأصول على ثلاثة أقسام: الدور، ولا خلاف في المنع من الاطلاع عليها، الفدادين والمزارع لا خلاف في إباحة البنيان الذي يطلع منه عليها، الجنات مختلف فيها. وأخبر بذلك عن ابن الطلاع، والكروم القريبة كالجنات لا سيما عندنا لكثرة تكرار أهلها بعيالهم إليها.

قلت: وقعت هذه المسألة بتونس. أحدثَ رجل بُرْجاً فتح فيه طواقي تُشْرف على سانية رجل فشجر فوقع الحكم والفتوى إن كان كثر تكرار أهله إليه حتى صار كالساكن فيه في أكثر الأوقات من السنة فإنه يمنَع وإلاّ جاز. فأثبتَ كثرة تكراره بأهله فأغلقتْ. وكذا منازل جربة في جَنّاتهم فهي كالدور. واختُلف هل ذلك حق للجار فيجوز إذنه له، أو حق لله فلا يجوز إذنه له بوجه؟ والأول لابن يونس والثاني للسيوري وهو الصواب لأن فيه إذناً للاطلاع على العورات وكشف السرائر فالصواب منعه مطلقاً.

وفيه: من كان له حائط مصمّتٌ في سكة، فكان ابن القطان يقول: ليس له منع من أراد فتح بابٍ في السكة حذاء حائطه. وكان ابن عتاب يقول: له منعه كما لو كان له باب به.

قلت: هو يجري على الحق في الفناء هل يختصّ بمنفعة فيكون له حق فيه.

وفيه: سكة غير نافذة[110 ب] فيها لرجل دار نقْضُها له وقاعتُها لغيره، فأراد أهل السكة أن يقيموا فيها سرْباً فمنعَهم صاحب النقض فله ذلك إذا كان ذلك يَعيبُ الموضع ولصاحب القاعة ذلك أيضاً.

وفيه: من فتح حانوتاً قبالة جاره يرى فيها ما في أسطوان دار جاره.

جوابها: يؤمر باني الحانوت بالتنكيب عن قبالة الباب لأن ضرر الحانوت شديد، ونهى عليه الصلاة والسلام عن الضرر. ابن الهندي: وأبواب الغُرَف أضرّ من أبوب الدور. ومن أحدث باب غرفة يطلع على ما في أسطوان دار جاره أو غرفته منع من ذلك لتمكّنه من الاطلاع على ما فيها وقلع العتبة لأنها إن بقيتْ في موضعها وطال زمانها وبقي الأثر كانت حجة للمحُدِث يحتج بقِدَمها.

ولابن رشد: إذا جعل الثاني شرجباً يمنعه من أخراج رأسه. فمن الشيوخ من كان يراه ومنهم من منعه ويرى الطمْس لأنه ربما زال الشرجب واستحق عليه الاطلاع بالقدم. وأذكر الشرجب ولا أدري الآن موضعه. ووقع في مسائل ابن زرب مع القاضي يونس، وأفتى غيره في مسألة الحانوت أنه يمنع من ذلك، وحكى غيره الخلاف الواقع في مسألة الدار وجعل للقاضي النظر في شدة الضرر وضعفه فيحكم من الضرر لبيّنة شديدة فيقطعه، انظر ذلك فيها انتهى.

ولأبي حفص: إذا كانت لرجل كوة قديمة تكشف غيره فليس يمنع صاحبها من ذلك ولا تسد عليه، قال: ويتخرج على قول من يقول إنّ سدّها حق لله فإنها تسدّ، حكاه ابن يونس في حريم البئر عن بعض الشيوخ قال: فإن أراد الذي تكشفه أن يبني حائطاً ليسدّ به الكوة لا شيء إلاّ لذلك فإنه لا يُمنع من

ذلك ويكون له أن يبني حائطاً يسد به الذي يكشفه. وينظر في ابتداء إحداث الكوة أو الطاق فإذا أحدثها في موضع يُسكَن إما غرفة أو مجنّبة أو نحو ذلك جعل في ذلك الموضع سرير ويقف القائم عليه فإن كشف سد عليه إلاّ أن يجاوز رأس القائم من فوق السرير، وإن كان أحدثها في خلاء أو درج أو نحو ذلك، فإنه ينظر إلى القائم بغير سرير فإن لم يكشف فلا يمنع من ذلك. فإن قيل إنه ينصب شيئاً وينظر منه، قيل هذا متعدّ فلا يحكم به، لأن من فعل هذا هو آثمٌ ظالمٌ ولا يقدر من الامتناع ممن يتعمد ذلك لأنه ربما وقف الانسان في الشارع يتعمد التكشف ولا يُفطن ولا يمنع من الوقوف.

قلت: ما ذكره من رفع البنيان حتى يسدّ الكوى مثله في المدونة قال فيها: وإذا رفع بنيانه فسدّ على جاره كواه وأظلمت أبواب غرفته وكواها ومنعه الشمس أن تقع في حجرته لم يمنع من هذا البناء. وما ذكره من التفصيل في الوقوف على السرير في مواضع العمارة دون ما جرت العادة في الجلوس هو ظاهرها خلافه إلاّ أن يريد أن لا يأتي فيه نصب سريري كالدرج ونحوه فلهذا وجه، وتقدم الكلام في الحانوت الذي يقابل باب الحمام.

وفي أحكام ابن حدير: قام عندي أحمد بن وهب فذكر أن عاصماً أحدث تابوتاً وأبواباً في دربٍ غير نافذ فيه باب أحمد فوقف ذلك على عاصم فأنكره فأثبت أحمد ما ادعاه. فقال ابن حارث:

إنّما التابوت الذي ثَبتَ عندك إحداثه فإن كان أقيم على أكْلُب خرجت في هذا الدرب فمن قام من أهل الدرب فله قطعه كان مُضراً بأهل الدرب أم لا؟ إذ ليس لأحد أن يُحدث في ملك قوم حدَثا فيقطع، ضرراً كان أو غيره، وما أحدث [111 أ] من القضية في داره وملكه فهو له مباح حاشى الأبواب التي يطلع منها على باب غيره أو الدرب فالواجب قطعها إذا قام من تطلع عليه منها والواجب قطع الأبواب مطلقاً نظر منها إلى دار غيره أو الموضع المشترك وهو الدرب.

وعن ابن زرب: ما ثبتَ عندك من إحداث عاصم من إخراج التابوت فعليه نقضه وإزالته، وكذا ما أحدث الاطلاع منه من باب أو ممشى على الدرب فإن أمكنه قطع الاطلاع على الدرب ببنيانٍ يقيمه في ملكه كان ذلك له إن أحبّ، وإن

لم يمكنْه ذلك وجب عليه إغلاق الباب بالبنيان وقلع العتبة ونقض الممشى.

ابن عبد البر: الزقاق غير النافذ ليس لأحد أن يشرع فيه باباً غير ما قدم فيه استحقاقه من الأبواب ولا أن يُحدث فيه سقيفة ولا عسكراً، فإن أذن بعض أهل ذلك الزقاق في ذلك وأبى بعضهم فإن كان الآذِنُونَ في آخر الزقاق وممرّهم إلى منازلهم على الموضع المحدث فإذنهم جائز. من الكافي.

ابن رشد: يتحصل في فتح الرجل باباً أو حانوتاً في مقابلة باب جاره في الزقاق النافذ ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك له جملة من غير تفصيل، وهو قول ابن القاسم في المدونة وقول أشهب، والثاني أنه ليس له ذلك مطلقاً إلاّ أن ينكب عن دراه، وهو قول سحنون، والثالث أن ذلك له إذا كانت السكة واسعة وهو قول ابن وهب والواسعة تسعة أذرع فأكثر.

قلت: وفي النوادر قيل ثمانية أذرع.

قال: ويتحصل في فتح الرجل الباب أو تحويله عن موضعه في الزقاق غير النافذ ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يجوز بحال إلاّ بإذن أهل الزقاق، وذهب إليه ابن زرب وأقامه من قسمة المدونة في مسألة الدارين إحداهما في جوف أخرى، وبه جرى العمل بقرطبة، والثاني أنّ ذلك له ما لم يقابل باب جاره أو يقرب منه بحيث يضرّ به في إجمال وقوف دابة ونحو ذلك فضل وهو قول جيد. حكى ابن الحاج هذه الزيادة وهو قول ابن القاسم في المدونة وقول ابن وهب، والثالث تحويل بابه على هذه الصفة إذا سد الباب الأول، وله إحداث باب لم يكن، وهو قول أشهب من كتاب السلطان من الشرح.

وفيه أيضاً: في دار لرجل جميع حيطانها تجاوره عرصة لآخر أراد بناء دار أو يلحق جدرانها بهذه الدار أو يسندها إليها، فعن ابن رشد: ليس له اسناد بنيانه إلى حائطه أو غرز خشبة أو نحو ذلك إلاّ بإذنه، وأما ضم جنبات حيطانه إليها إذا لم يرضَ بها فذلك. كما له الموثق إذا كانت لرجلٍ عرصة وبنى رجل بجنبه فليس له منعه من فتح الأبواب والكوى إليها، حتى لو قال أريد أن أبني لأنه حق سبق. وعن ابن حبيب: له المنع قبل البناء وبعده إذا رغب في بنائها لأنه حق

يذبّ عنه. وعن عيسى: إذا لم يمنعه حتى بنى فله منعه بعد ذلك ولا يمنعه ذلك من القيام، وعن مطرف: إذا أذن له بالفتح على أنه متى شاء سدّها جاز ذلك.

وإن بنى رجل على موضع مشرف على جيرانه لم يمنع لأنه كان يطلع منه قبل ذلك إلاّ أن يفتح فيها كوى فله منعه. المشاور: وكذا من فتح كوى يطلّع منها على ما يطّلع عليه غيره من دار أو طريق، وإنّما يمنع إذا تبينت الأشخاص، وما لم تتبين فلا يمنع.

وفي أحكام ابن سهل: كتبت إلى شيوخنا أسألهم عن دارين لرجلين متجاورين[111 ب] وبينهما حائط لأحد الرجلين وله على الحائط رَفٌّ قد خرجت أكْلُبُهُ إلى دار جاره وأراد صاحب الرف أن يبني على أطراف الأكْلُب بآجرّ أو غيره ويرفعه لحجرة أو غرفة بناها فيمنعه جاره صاحب الدار وقال: الهواء لي لأنه بإزاء هواء داري وإنّما لك إخراج الرف إلى ناحيتي. وكيف لو أراد صاحب الرف إزالته ورفع حائطه وإعادة الرفّ عليه كما كان فهل له ذلك أم لا؟

فأجاب ابن عتاب: ليس لصاحب الرف ما أراد من البناء على أطراف الأكْلُب ويمنع منه، وإنّما يملك الهواء مَن ملك قاعته وله رفع الحائط وإعادة الرف عليه على نحو ما كان عليه من الخروج.

وأجاب ابن القطان: لصاحب الرف أن يبني على أطراف الأكْلُب ما شاء لا يُمنَع من ذلك ولا من أعلى حائطه من غير ضرر إلاّ من الريح، والضوء وشبهه ليس بضرر. وعن ابن مالك: يُمنع صاحب الرف مما ذهب إليه إلاّ أن يأذن له معترضه. ابن سهل: وجرت بيني وبين موسى السقاط قاضي وادي الحجارة. وجواب ابن القطان عندي أشبه.

وسأل حبيب سحنوناً عن رفّ مخطور[1] خارجه لرجل إلى دار جاره ولا نصب عليه فأراد أن ينصب عليه القصب فمنعه جاره فليس له منعه وإنّما وُضعتْ الخطور لهذا. وقال في من له رف إلى دار[2].... خارج فبنى جاره جداراً

(1) كذا في أ و ب، وفي ج: محضور.
(2) بياض بمقدار كلمتين في جميع الأصول.

لصق جداره فأراد أن ينقل بناءه على الرف ليس له أن يبني فوقه لأن صاحب الرف قد ملك سماءه وهذه تدلّ عندي إلى ما ذهب إليه ابن القطان.

ابن حدير: في داريْن رجل باع إحداهما من رجل وشرط عليه أن لا يرفع على الحائط الفاصل بين الدارين شيئاً مخافة أن يُظْلِم عليه داره ويمنعه من دخول الشمس فيها فالتزمه ثم أراد أن يرفعه فمنعه المشترط هل له ذلك أم لا؟

فأجاب ابن رشد: البيع جائز والشرط لازم.

وفيه: من غرس ورداً في جنانه بفناء دار رجل تُجاوره واستغله زماناً فقام صاحب الدار يطلب زوال الورد لضرره بجداره وقيمة ما اغتلّ.

فأجاب ابن رشد: لا حقّ للقائم على غارس الورد في الفناء على ما مضى من المدة لأن الأفنية ليس فيها حَقّية الأملاك وإنّما هو مقدم في الانتفاع بها إن احتاج وليس له أن يمنع الجار إن استغنى عنها، وله إذا قام عليه أن يقلع الورد عن قنائه وينفرد بالانتفاع به أضر به الورد أو لم يضر إلاّ أن يتفق معه على ما يجوز بينهما.

قلت: تقدم لابن رشد أن له أن يكري الفناء فعلى هذا له قيمة كراء غرسه عليه.

وأفتى به ابن الحرار[1] في ما أدخله من طريق المسلمين إلى ملكه ولمثله كراء فإنه يغرمه، وكذا حكاه في الطرر.

وفيه: إن عُرَفاء البناء توجهوا لحائط فوجدوه معقوداً من جهة المشرق بالبنيان الذي لعمر بن أحمد محلولاً من الجهة الثانية التي تلي عبد الله، ولم يزل الشيوخ يفتون بالحائط لمن إليه البناء. وفيه قضاء عن رسول الله ﷺ «أنّ قوماً اختصموا إليه في حائط فبعث حذيفة فقضى للذين قِبَلهم القُمْط فلما رجع إليه قال أصبتَ وأحسنتَ» قال لي محمد: والقمط هو العقد. فقال عبد الرحمن بن أحمدبن بقي: ما ذكرتَه من الحديث صحيح وقد أدخله جدي في مسنده ورويته

---

(1) كذا ورد العلم في أ و ب، وفي ج: الخدار.

عن أبي عنه. ورأيت المفتين من شيوخنا يروي: اليمين على من شهد له البناء، وكذا نسب ابن عبد ربه لأشياخه ولم يذكر عليه يميناً، وهو قول ابن القاسم [112 أ] ومن قوله: إذا كان معقوداً من جهتهما أو مقطوعاً عنهما فهو بينهما. التونسي: يريد بعد أيمانهما فإن حلَفَا أو نكَلاَ فهو بينهما، وإن حلف أحدهما فهو له خاصة. وإن كان لأحدهما فيه كوى وليس منعقداً لواحد منهما فهو لمن إليه مرافقه، وإن كانت الكوى بينهما فهو لهما. التونسي: يريد بالكوى غير النافذة مما تُرفَع فيها الأشياء فأما النافذة للضوء فلا دليل فيها.

وعن سحنون: إذ كان وجه البناء لأحدهما وللآخر ظهره فهو بينهما. التونسي: لم يجعل الوجه دليلاً، ولعبد الوهاب في شرح الرسالة هو دليل لأن العادة أن هذه لا يفعلها إلاّ ذوو الأملاك مع لزوم اليمين. وإذا كان لأحدهما على الحائط خشب وهو مقطع من الجانبين فسحنون حكى فيه مرة جعله دليلاً وهو قول ابن القاسم وابن عبد الحكم ومرة لم يجعله دليلاً. ابن عبد الحكم: ولو كان منعقداً من جهة أحدهما وللآخر خشب عليه فهو لمن إليه العقد ولرب الخشب وضعها. ولسحنون إن كان لأحدهما عشر خشب وللآخر خشبة فهو بينهما نصفان. وعن سحنون قال من خالفنا: هو لصاحب العشرة إلاّ موضع الخشبة.

وعنه: في حائط بين حانوتين لكليْهما عليه خشب وفوق الخشب حائط لأحدهما إن الحائط الأسفل لمن إليه عقده مع يمينه، فإن لم يعقد إلى أحدهما حلفا وكان بينهما ويبقى للآخر عليه خشبة. ولو كان حائطاً فوق حائط وعقد الأسفل لأحدهما وعقد الأعلى للآخر قضيتَ بكل حائط لمن إليه عقده. وعن ابن عبد الحكم: وإن كان ليس فيه رباط ومرتبط بإحدى الدارين من أعلاه فهو لصاحب الرباط والعقد. وعن بعض المفتين: الرباط والعقد في الحائط هو أيضاً البنيان الذي لا يحدث مثله إلاّ من أول البنيان، وأما إن كان يحدث مثله بعد عمل البنيان مثل نزع طوبة وإدخال أخرى أحلفتَهما وجعلتَه بينهما.

قلت: ما ذكر من اليمين في هذا الفصل تجري على شهادة العرف، هل

هو مقام شاهد أو شاهدين؟ ومنه الحيازة واختلاف الزوجين في متاع البيت ودخول الاهتداء في دعوى الوطء إلى غير ذلك.

وفي الطرر: ومن أحب من أهل الأسواق تسقيف ما بين حوانيتهم وأبى بعضهم فمن أحبّ فله ذلك ومن أبى لم يُجبَر كذا في جميع الصناعات. ومن أحب فتح كوة فيه أو نزع تسقيفه لم يُمنَع من ذلك. ونزلت ونص فيها بهذا.

قلت: ويتخرج على قول من يقول يجب على كل أحد ما قابله من زوال الطين إذا كان يضر بهم عدم التسقيف أن يجبر على التسقيف من أباه، لأنه من الأمر العام في الأسواق.

ابن حدير: فيمن فتح أبواب غرفة يطلع منها على جاره وبقي نحو العشرة أعوام في زعمه لم يغيّر وهو حاضر ساكت في زعم هذا الذي فتح.

وأجابه الآخر: بأن سكوته كان لشغله بأمر مهمّ وأقام بينة تشهد بأنه مشغول بهذا الشغل غُدواً ورواحاً وأنه لم يذكر للشهود هذا وأنه غير راض ولم يمنعه من القيام إلاّ الشغل المذكور وهو يَعِدُه بسدّ ما أحدث عليه، وأقام المُحْدِث بيّنة تشهد على المُحْدَث عليه أنه لم يزل يخاصم في هذه المدة ابن أخيه عند القاضي لا يمنعه ما هو فيه من الشغل خصامه وأنه حاضر وقت البناء راضياً مسلماً له غير منكر ولم يغير سكناه في هذه المدة منذ بناها قبل تاريخ هذا الكتاب بعشرة أعوام[112 ب] وأوقف المطلوب طالبه هل بينة شهدت بأن الأبواب التي يطلع منها هي هذه أو غيرها، وقال القائم: لا يحتاج لهذا لأن البينة لم تحدّ الدار وإنّما قالت البابان اللذان على دار فلان.

فأفتى عبد الرحمن بن أحمد بن بقي: ما قام به الطالب ضررٌ، وقد اختلف أهل العلم في أمد ذلك فمنهم من قال عشرة أعوام، وعن بعض المدنيين أنه لا يستحق الضرر إلاّ بأزْيَد من عشرين عاماً. وشاهدت ابن لبابة يحتج إلى الأخْذ به والأخذ بقول من تراه باجتهادك.

وعن ابن زرب إذا ثبت عندك ما أثْبَته القائم من أنه لم يزل منكراً على من أحدث عليه البابين والاطلاع وإشهاده أنه غير راض ولا ساكت فله القيام، لأن

علة حوز المطلوب للضرر هو سكوت القائم في المدة التي ذكرها فإذا لم يسكت فله القيام، وبه قال ابن عبد ربه. وقوله: إذا ثبت الاسترعاء فأرى اليمين واجبة على القائم ما ترك القيام منذ فتح الباب إلى الآن رِضىً بذلك وإنّما تركه للاشتغال بالخدمة ثم يجب قطع الضرر.

وعن ابن أبي الفوارس: أمّا البينة التي شهدت للقائم بأنه لم يزل يذكر لهم البابين فلا تنفعه لأنها إذا شهدت على كلامه واعتذاره أنه في الخدمة فلا يتّجه لأنه قادر على التوكيل طول هذا الزمان، فأرى ما قام به ساقطاً وقد أقرّ بمعرفة ذلك طول هذه المدة فلا معنى للحيازة ههنا لأن القائم ادعى معرفته وأقرّ بها. وعن ابن مسور: هذه فتيا تامة، والعشرة أعوام حَوْزٌ لأن مالكاً جعلها قاطعة في دعوى الأملاك إذا كان حاضراً ساكتاً ولم يغيّر.

قلت: اختُلف في المدة التي يحاز بها الضرر على أقوال عدة ذكرها ابن رشد في الشرح، والصواب منها أن ما كان ضرره لا يؤمن تَزَيّدُه فهو غير عامل، وإن كان تؤمن زيادته فهو كحيازة الأملاك فتدَبَّرْه.

وفي الطرر: لا فرق في حيازة الضرر بين الإجنبيين والأقارب بخلاف حيازة الأملاك، وكذا لا تُعتبر حيازة الضرر على المولّى عليهم إلاّ بعد رشْدهم ومضيّ مدة الضرر بعد الرشد وقدرتهم على القيام وعلمهم. وعن ابن الهندي: وكذا مرور عشرة أعوام بعد زوال البقية والاسترعاء فيها. ولابن سهل تضعيف قول ابن الهندي ويكفي في ذلك العامان.

ابن الحاج: سئل يحيى بن إبراهيم عن الرجل يفتح باباً في زقاق نافذ أو غير نافذ فيطلّ منه على جاره وجدار جاره قصير عن الخيْطَيْن وشبههما، فإن بنى حائطاً ثالثاً لم يطل عليه، فقال: يجبَر جاره على بنيان حائط ثالث وليس له أن يضرّ بجاره ولا يمنعه من فتح باب إذا كان على هذا النحو فعل هذا جيد إذا كان فتح الباب مع الأرض.

قلت: انظر صورة هذه المسألة.

وسئل السيوري عن دارين متلاصقتين ليس لهما سترة لمن يصعد على

السطح فأراد أحدهما البناء للسترة وامتنع الآخر.

فأجاب: يبنيان جميعاً إذا كانا ينتفعان جميعاً.

قلت: هذا على أحد قولَيْ مالك إذا أسقط الحائط السترة بين الدارين فأراد أحدهما البناء دون الآخر أنه يُجبَر على البناء مَن أباه، وهو اختياره واختيار اللخمي، وسدّ الكوة القديمة التي ينكشف بها على جاره عندهما.

وسئل ابن عبد الرحمن عن قوم لهم حوانيت لِدَقِّ النَّوَى في سوق وعليها دور والدق يضرّ بهم وقْعُه ولهم نحو عشرة أعوام وقد كانوا مُنِعوا [113 أ] وأخرجوا عن المدينة ثم رجعوا إلى عادتهم إلى الآن.

فأجاب: إذا أضروا بالناس وجب زوالهم إلى موضع لا يضرون بالناس.

قلت: لم يَرَ حيازة الضرر بهذه المدة، أما على القول بأنها أكثر وأنهم سبق عليهم حكم بالزوال أو من الأمور العامة التي تحاز كالطرق، ومراده على المشهور أن يضرّ بالجدارات ضرر الأصوات فقط، ويأتي تفصيله.

وأجاب عنها اللبيدي: ليس طول المدة مما يبيح لهم الضرر ولأرباب الدور القيام به وزواله عنهم.

وسئل ابن محرز عمن اشترى بيوتاً من دار واشترى قاعتها لجمع الأزبال آخرون فعمد مشتري البيوت وأدخل ماشِيَته لبيوته وجعل أزبالها في بيت منها فأراد أن يمنعه أرباب القاعة من ذلك فهل لهم مقال أم لا؟

فأجاب؛ له أن يصنع بكناسته ما شاء وليس لأصحاب القاعة منعه من ذلك.

وسئل السيوري عمن اشترى خراباً ملاصقاً لحوانيت فاتخذه فندقاً وأراد أن يغرز خشبة في الجدار الذي يلي الخراب المتصل بالحوانيت لأجل ملاصقته بها ومنعه أرباب الحوانيت، فهل لهم ذلك أم لا؟

فأجاب: ليس لمشتري الخراب ما وصفتَ ولا يعمل شيئاً لم يثبت له ملكه.

قلتُ: قال في المدونة: والحديث في غرز الخشب إنّما هو ندب، والشافعي يجعله على الوجوب وهو قول أحمد وإسحاق وأبي ثور وهو مذهب ابن كنانة من أصحابنا. والرواية عن جماعة أن يغرز خشبة، بالنصب والتنوين، وخرجه البخاري.

ابن سهل: كتبتُ إلى قرطبة، هل يجوز تعليق حوانيت من حيطان جامع بلدة وتكون الحوانيت محبسة عليه إن كانت ما حوله رحاباً؟ وهل لمن جاورَ مسجداً أو جامعاً أن يغرز خشبة في جداره قياساً على جدار جاره؟

فكتب ابن عتاب: كان الشيوخ ـ رحمهم الله ـ لا يمنعون من التعليق في المساجد إذا كان التعليق لا يضرّ بها واتصلت بالدور والدور بها كان ذلك لدار المسجد أو لمالك الدار ولمن جاورَه أن يغرز خشبة إذا لم يضرّ بها ولا يمنع. وأما الجامع فما تُعلّق منه حوانيت إذا كان ما حوله فناءً له لأنه متّسَع للصلاة عند ضيقه ولإمساك دواب المسلمين وفيه تغيير لحاله وهذا شأنُ الجوامع، وكان من حجة الشيوخ حديث الخشبة المذكورة فحملوا أمر المسجد على ذلك. ولو جاور الجامع دار الرجل لكان الحكم فيه كذلك، فإذا لم يجاوره أحد فلا يعلق منه شيء، ولم يتكلم الشيوخ في الجامع وإنّما ذلك اجتهادي على قولهم. وكتب ابن العطار بمنع غرز الخشب في جدار المسجد. وقال ابن مالك: لا تعلّق الحوانيت من جوار الجامع ولا لمن جاور مسجداً أن يغرز خشبة في جداره البتّة.

وسئل السيوري عن درب غير نافذ فيه ديار وغرفة لحُبُس المسجد فأراد بعضهم فتح باب لم يكن وأذن له بقية أهل الدرب، هل يمنع بسبب غرفة الحبُس أم لا؟

فأجاب: إذا كان غير مُضِرّ بالجيران لا حالاً ولا مآلاً أبداً ولا بالغرفة فلا يمنع.

قلت: يحتمل أنه يقول بالجواز إذا لم يضرّ بدليل تعليله ويحتمل أن يكون لإذن الأكثر، وقد تقدم أنه قول في المسألة، ويحتمل الجواز لعدم تعيين من

يطلب الحق للحبُس بخلاف أن يكون صاحب الحق معيَّناً.

وسئل عن بيوت مشتركة بين أيتام وعمهم وليس عليهم مقدماً[113 ب] ولا بيت فأصلح وسَكن وأسْكن وأسْرف في النفقة لأن العادة الجارية ذلك لخروجه مخرج المكارم والوليمة، فطلب الرجوع على الأيتام بما يخصّهم من البناء فقالوا: إن فيه سرَفاً فقال: هي العادة وهُدِّدْتّ بالسلطان إن لم أبْنِ، فقالوا: ليس البناء في السور حتى يُخاف، فهل يلزم الأيتام قيمة النقض والبناء وسرف النفقة والعمل أم لا؟

فأجاب: يلزمه كراء ما سكن وما أسكن بغير ثمن فيلزمه الكراء فيه أيضاً، وما أصلح فله قيمة ما أدخل من النقض وقيمة ما عمل بغير سرف.

قلت: مثل قوله في من أنفق على غيره وقضى بالنفقة ثم يأخذ ما أنفق من السرف كالدجاج والخراف ونحوه ولكن بنفقة ليس بسَرَف. ومثل من أنفق مثل بناء الملوك ووقع الاستحقاق عليه فيرجع به منقوضاً، نص عليه في العتبية. ووقعتْ في أيام القاضي أبي إسحاق بن عبد الرفيع وحكم بهذا فقام الخصم وكانت له جهة حتى عُمِل مجلس في المسألة وقدم الأجْمِي في الحكم في المسألة وكان قاضي الجماعة ابن عبد السلام واعتذر بأنه شهد في بعض فصول المسألة فحكم الأجْمي بأن سألهم عنه فقالوا: من قضاة العدل فأمضي حكمه. وهي منصوصة في العتبية كما تقدم.

قلت: لشيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ: هل لا كان فيه قيمة البناء الوسط بغير سرف كما قيل في مسألة الرجوع بالنفقة؟ فلم يجبني بما يُعوَّل عليه، ولعل الفرق أن البناء للسرف مكروه لكونه من باب إضاعة المال فهو كالمعدوم شرعاً بخلاف أكل الطيبات فإن الصحيح جوازه وقد قيل به في قوله تعالى: ﴿كُلُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقۡنَٰكُمۡ﴾[1] فقيل المستلذّ وهو الأكثر وقيل الحلال.

وسئل المازري عمن اشترى داراً على أن فيها مرحاضاً لجار ففتح الجار ذلك وألقى تَفَلَهُ بإزاء المرحاض وأراد رده على ظهر المرحاض فمنعه المشتري

(1) وردت الآية في القرآن ثلاث مرات، أولها في سورة البقرة رقم 57.

من ذلك، فقال الجار: هذه عادتي مع البائع إذا فتحت يجعل ما يكون من ذلك على ظهر المرحاض ونستره بالتراب، ولم يزل البائع يراني فلا ينكر عليّ قبل شرائك للدار والبائع الآن مريض وتضرّر المشتري من ذلك.

فأجاب: إن قام الجار ببيّنة عدلة أن البائع ملّكه ذلك تمليكاً مؤبداً فمن حقه على المشتري فعله، وإن لم يحصل له إلاّ عدم إنكار البائع عند الفتح فما يملك الضرر بهذا إلاّ أن يشترط ذلك على المشتري، فإن كان في إبقائه ضرر على رب الدار من الرائحة والعذارة وجب زواله، وفي إجارة زواله نظر على مَن تكون، والصواب كونها عليهما حتى يُنظر في إثبات الأمر. هذا ما ظهر لي في السؤال.

وسئل عن امرأة باعت حانوتاً لمن بجوارها له فيه حانوت آخر يبيع فيه ويشتري ولها مِلْك يجري ماؤه على سطح هذه الحانوت إلى آخر فطلب المشتري قطعه وطلبت هي بقاءه على ما كان عليه واتفقا على عدم البناء وادعت المرأة علم المشتري بذلك حين البيع، فهل يقطع أم لا؟

جوابها: الشراء يتضمن ملك جميع منافع المُشتَرَى للمشتري ولو كان عالماً بجريان الماء فعلى البائع قطعه وصرف الجريان، فإن امتنع حكم عليه بزواله.

قلت: هذا بيّن إن كان له حيث يصرف إليه فإن لم يكن له حيث يصرف إليه فيفترق بين الأمر بين العلم وعدمه، فيلزم في الأول ويخيّر في بقاء الجري في الثاني.

ابن سهل: في من باع حانوتاً من رجل وللبائع دار بلصق هذه الحانوت[114 أ] وفي الحانوت حفرة مرحاض ولم يعلم المبتاع بها حين البيع فأراد البائع تنْقِيَتَها فمنعه المبتاع وقال: بيعك للحانوت بجميع حقوقه ومنافعه يقطع حقك من الحفرة.

فأفتى أبو عمر الإشبيلي أنّ المبتاع بالخيار في التزام الحانوت لعيبه أو تركه وقاسها على المسألة التي في كتاب الكفالة في العبد يكون لسيده عليه دين

فيبيعه السيد على أن يتبعه بالدين فيريد المشتري إسقاطه عنه فالدين له لازم وللمشتري رد العبد كذلك إن لم يرد أن يتمسك به وأخذ الثمن.

وأفتى ابن زرب وجميع الفقهاء أن بيعه للحانوت قاطع لحقه في الحفرة، وقاسها القاضي على مسألة أصبغ في جامع العيوب: فمن باع عرصته السفلى وكان يجري عليها ماء عرصته العليا ولم يبيّن ذلك فمنعه المشتري، قال أصبغ: ذلك له ويصرفه عنه ولا يلزمه إلاّ أن يكون من الأمور الظاهرة التي تُعرف ويعرفها المشتري أن لا معدل لها وأن الماء ينصبّ إليها لا بد له منها ولا مصرف له على الوجوه كلها بأسمائها. فأراه ـ إذا كان ذلك كذلك ـ كالمشتري عليها وكالمشروطة وإلاّ فلا. ابن سهل: وجواب القاضي ومن وافقه أصح في النظر وقياسه على أصبغ أبين من الاستدلال في الذي نظر الإشبيلي بها ونقلت مسألة العبد عن الفقهاء فيه.

وفيه لفظ لم يقع في المدونة ولفظها: قال مالك في عبد باعه سيده وعلى العبد دين لسيده فأراد أن يتبعه فقال المشتري: ليس ذلك لك لأنّه ديْنك وقد بعْتَنيه ولم تُبيّنْهُ لي فذلك للبائع والدين لازم للعبد والمشتري مخيّر في إمساك العبد وعليه الدين وإن كره رده وأخذ ثمنه. وفي جواب الإشبيلي فبيعه للسيد على أن يتبعه بالدين فلو كان هكذا فلا كلام للمشتري إذ هو شرط. وفي مسألة أصبغ طول تركته.

قلت: مسألة أصبغ هي المسؤول عنها قبل هذه وقد ذكر فيها قريباً مما أخبر به.

وسئل السيوري أيضاً عمن له حائط على سفل لآخر فهدم الحائط للإصلاح وفيه إفريز لجمال صاحب السفلي على القاعة فأراد صاحب الحائط إسقاطه عند الوصول إلى محله وطلب صاحب السفلي بذلك لجماله وزيادة ثمن جاره فهل له الإسقاط أم لا؟

جوابها: سئل أهل المعرفة من الأشياخ عن ذلك فإن لم يكن في إسقاطه مضرة ولا جمال فلا مقال لصاحب السفلي وإن شهدوا بثبوتها ففي جبْره خلاف

في المذهب ينظر في الصحيح منه بعد إثبات ذلك.

قلت: يحتمل أن يكون الخلاف المشار إليه أما مسألة الحائط بين الدارين إذا تهدم أو إذا كانت القسمة تنقص من الثمن، هل يُجْبَر عليها من أباها أم لا؟

وسئل شيخنا الإمام عمن أذن لجاره بغرز خشب في جداره فبعد غرز المأذون سقط جدار الآذن وأقامه فطلب جاره برد خشبه على نحو ما كانت في الإذن الأول فأبى عليه الآذن أولاً فهل له الامتناع؟

فأجاب: إن كان سقوط الحائط لترهّله لا لسبب ما زِيدَ فيه اختياراً لم يُقضَ عليه بعوْد الغرز وإثبات كونه لترهّله إذا تنازعا على ردّه وإلاّ قُضيَ عليه بعود الغرز[1] إن كان غير مؤجل أولاً.

وسئل ابن أبي الدنيا عن الدكاكين التي تكون بين أيدي الحوانيت في بعض الأسواق ربما أضرّ بالمارين وضيق عليهم عند اصطدام الأحمال وكثرة الناس ولهم على ذلك سنون طويلة، وربما نهاهم بعض القضاة وهدم دليلهم ذلك، وعمد رجل منهم إلى بعض تلك الدكاكين وبنى عليها وحازها بالغلْق وجعل تحتها بيتاً فصار يكري البيت وعلوها، فما تراه في [114 ب] هذه الدكاكين وفي مثل ما بنى منها وما أخذ من كرائها وفي حوزها هذه المدة الطويلة؟

فأجاب: ما أضرّ بالمارين فلا خلاف في هدمه وزواله حتى لا يبقى لهم رسم وغلته مردودة لا تحل للمغتل وتصرف للفقراء ولا تقع الحيازة على العامة. ومن ليس له ملك معلوم وما لا يضرّ والطريق واسع فاختلف هل يمنع أو يباح، وقد هَدم عمر كير الحداد وقال: تضيقون على الناس الطريق. وقال مطرف يمنع ولو كانت مثل البيداء وهو الصواب وإنّما يكون بالفناء للمقاعد للبيع والحاجة. وعن بعض أهل العلم إن طال جلوسه للبيع فيه أزيلَ منه، وأما ملكه فليس لأحد ولا بَنيه، والطريق كالمساجد من جلس فهو أحق ومن قام سقط حقه. وفي النوادر: الاختلاف في الضرر هل الملك أم لا؟ وعن أصبغ لا يملك وإن فعل لم يهدم، والصواب المنع والهدم ولو كان أوسع من البيداء.

---

(1) ثلاث جمل سقطت من ج.

قلت: هذه المسألة نزلت بتونس بباب السويقة وغيره من أسواقها ولم يزل القضاة يُفتون ويحتسبون عليهم لكن العامة تغلب والصواب مراعاة الضرر فحيث ما ثَبتَ في حق العامة قُطع لأنه أكبر، وإذا لم يثبت في حق العامة روعي الضرر الأصغر كما اختاره المازري وأفتى به ولعلة مريحة في فتح الأبواب وتحويلها وغير ذلك من الضرر فاعتبره وإن المعتبر عنده أخف الضررين مطلقاً وأنه يفتي به منذ خمسين سنة.

وسئل أبو حسان عن بيت عليه مطبق لجاره وبابه إليه وطوله خمسة أشبار فوقه حائط لصاحب البيت السفلي فأراد أن يخرج سهْماً في الحائط الأعلى ليبني عليه سترة لداره عمن يكشفه من الجيران فمنعه صاحب المطبق فالتزم له أنه إن أضره السهم بشيء أصلحه له وكان الأسفل والأعْلى ملكه.

فأجاب: لصاحبه منعه إلاّ أن يكون حقاً قديماً إذا كان يضرّ به ويوهِنُه ويُثْقله وإن التزم إصلاحه، وما ذكر من كشيفة الجيران فينظر في ذلك أهل البصر ويرفع أمره إلى الحاكم فيغلّب أخف الضررَيْن ويعلم ذلك بقدر ما يختبر ويمكّن صاحب البيت من الستر إذا كان ما يستره إلاّ هذا إن كان ضرر الاطلاع أشد.

قلتُ: هذه طريقة المازري وشيخه الصائغ من مراعاة أخف الضررين مطلقاً.

وسئل المازري عن مؤدبين اكتريا حانوتيْن متقاربين فادعى أحدهما أنه يضرّ به كراء صاحبه وقد اكترى قبله وادعى الآخر أنه عقد قبله فشهد للأول شاهد واحد وهو الذي عقد كراء الثاني أنه الأول، هل يحلف معه في هذا ويستحق أم لا؟

فأجاب: شهادة الشاهد بالتاريخ المتضمن لرفع النزاع في المال فيه قولان. والذي لم أزل أجيب به إمضاؤها مع يمين القائم بها فإن ظهرت ريبة تدل على قصده فسخ الثاني ثبتت شهادته، فإن ظهر ما يدفع التهمة ويرفعها مضت شهادته، والله أعلم[1].

---

(1) أغلب المسائل والفتاوى السابقة نُقلت بتصرف في كتاب فتاوى الونشريسي المعروف بالمعيار المغرب ج 8 ـ ص 458 وما قبلها.

قلت: هذا الكلام يقتضي أن ضرر قلة المعاش معتبر.

وفي أحكام ابن سهل مسألة طويلة بين فيها قسمة الضرر، فأَحَدُ أقسامه إذا أحدث الجار ما يقتضي نقص القيمة في ربع الجار، فأفتى ابن عتاب بأنه غير معتبر ولا يُقطع، ووافقه ابن مالك، وأفتى ابن جُرْج وغيره بأنه ليس للجار أن يحدث على جاره ما يعيب موضعه ووافقه على ذلك ابن أبي زعبل واحتج له بمسائل ذكرها فوصل إلى ابن عتاب.

وأجاب ابن عتاب محتجاً على قوله بمسائل كثيرة وأدلة من السنة، انظرها في أحكام [115 أ] ابن سهل، غير أنه ذكر من احتجاجه على دعواه بالاتفاق على أن من أحدث فرناً على فرن آخر قديمٍ أو حماماً على حمام أو رحى على رحى قديم ولا يضر المحدَثُ القديم شيئاً من وجوه الضرر إلاّ قلة الفائدة والاستغلال أو قلة العمارة وأنه لا يمنع المحدث من إحداثه ولا يعترضه صاحب القديمة بوجه ومعلوم أن القيمة تنحط بذلك إلى آخر الكلام. فقد تحصّل من هذا أن ضرر قلة الفائدة غير معتبر، فكذا ينبغي في مسألة المؤدبين في حانوتيْن أحدهما قريب من الآخر إلاّ أن يقال هنا جاء الضرر بين المنفعتين بخلاف إحداث الأصول، والصواب أن لا فرق.

وسئل عمن له علو وللآخر سفل ويجمع بينهما سقيف وماجل فيها فوقع بينهما تشاجر فأرادوا الانفصال منها ولكل واحد حيث يصرف إليه بابه إذا استبد الآخر بالسقيف.

فأجاب: اختلف المذهب في الاتساع الباقي على الشياع إذا دعا أحد الشريكين إلى القسمة أو التبايع هل يمكّن منه أم لا؟ والذي أراه أن يبعث القاضي أهل المعرفة بخبرة الضرر هل مقدار الذي أراد التحويل خفيف أو ثقيل ومقدار ما يزاح من الضرر عنه إن حول حتى يوازي بين الضررين فينظر الأثْقَل منهما فهذا الأصح مما قيل في ذلك، وهذا ما لم يعرف أصل الاشتراك في الممرّ فإن عرف صفة وقوعه وقت القسمة فإنه يرجع ويستعان به في معرفة الصواب.

قلت: الذي أشار إليه هي قسمة الساحة، وفي المدونة إذا اقتسما على أن

أخذ أحدهما العلو والآخر السفل هو جائز، وفي التنبيهات ذهب بعضهم إلى أن ذلك إنّما يجوز بالمراضاة لا بالقرعة كما فسره عبد الملك وما في كتاب ابن شعبان لأنه يجمع شيئين إذ لا ساحة للعلو وإنّما يرتفق به السفلي والأكثر يجوزونه على الوجهين بالسهم والمراضاة وترجح في ذلك أبو عمران[1].

وسئل البرقي عن رائغة في أقصاها دار وفي جانبها دار لآخر فأحدث هذا على داره في الرائغة[2] إخراجاً قدر ثلاثة أشبار خارجاً وأحدث أيضاً تابوتاً ومرحاضاً فيها فأنكر صاحب الدار القصوى وقام بقطع الضرر، هل له متكلم في ذلك أم لا؟

فأجاب: حكم هذه الروايغ غير النافذة أنها مشتركة المنافع بين أربابها فليس لأحد أن يُحدِث فيها ما يضرّ بأشراكه أو يخصه ببعض المنافع إلاّ بإذن أهلها ومن فعل منهم ما لا يسوغ حكم بزواله.

قلت: تقدمت هذه المسألة وما فيها.

وسئل أيضاً عمن بنى بنياناً وأحدث فيه كوى يَتشرف منها على ما في داره وعلى البر والبحر وسور البلد، فقام عليه بعض من له دار في الجهة الأخرى من الشارع وقال له إن هذه الكوى تكشف على سطحي، فقال له الباني: قد كان حائطك طويلاً ثم قصّرْتَه لقصد قطع منفعتي فقال لم أفعل ذلك إلاّ تخفيفاً لبنائي لا لقصد الضرر، فهل للقائم مقال في ذلك أم لا؟

جوابها: إذا لم يطلع مما أحدث إلاّ على السطوح خاصة فلا مقال للقائم وليس عليه أن يسدّها. وأجاب ابن الضابط بأنه لا يمنع إلاّ ما يتوقع منه الكشف على محل السكنى والمبيت والمقام، وأما ظهور البيوت فلا يمنع وهو قول ابن القاسم وأصحاب مالك.

قلت: تقدمت هذه أيضاً.

وسئل بعض الفقهاء في من أراد فتح باب داره في حانوت منها فنازعه

---

(1) بياض بمقدار ستة عشر سطراً في نسخة ج دون نقص في النص.

(2) الرائغة: الطريق المائلة الرائغة عن الشوارع الكبيرة في المدينة.

جيرانه فالتزم لهم عدم فتحه من الحانوت ثم باع الدار فأراد المشتري فتح الباب من ذلك [115 ب] الموضع واحتجّ بأنه لم يعلمْه قبل البيع بإسقاط حقّه، فهل له الفتح؟

فأجاب: إذا التزم البائع عدم[1] الفتح لمخاصميه حتى صار حقاً لهم فالمشتري يتنزَّل منزلته وإن لم يعلمه فللمشتري الرجوع بما ينوبه من الثمن.

قلت: هذا يجري على ما اختلف فيها إذا التزم فيه لغيره مذهباً هل يلزم ذلك أم لا؟ ولهذه نظائر بعضها وقع فيه عدم اللزوم وفي بعضها اللزوم. انظر مسائل الشروط في العارية والرهون والتزام عدم الرجوع في الهبة أو الجبر في أبواب الأيْمان إلى غير ذلك.

وسئل بعض الفقهاء عمن اشترى أرضاً بإزاء محلة محوطة من القبلة والجوف والمشرق فبنى فيها وأحدث أشياء إلى آخر ما سئل عنه.

فأجاب: هذا السؤال كتبه من لا يُحسن. والجواب على ما يفهم منه أنه يبعث شيوخ المعرفة فيفتون على ما أراد أن يفعل، فإن كان فيه ضرر لجار أو للمسلمين في طريقهم وله عنه مندوحة منه منع.

قلت: وإن لم يكن له مندوحة فإنه يرتكب أخف الضررين إلاّ أن يتعلق به حق عام أو لله فلا بد من زواله.

وسئل بعض الفقهاء عن أرض بقرقنة تحت أيدي قوم بشهادة فتعدى قوم فوضعوا أيديهم عليها.

فأجاب: الوثيقة صحيحة ووضع اليد بشهودها ثابت فتبقى أيديهم عليها وتُزال يد المتعدّي حتى يثبت الوجه الذي يستحقها به.

قلت: لأن الوثائق توجب الحوز لا الملك. وكان شيخنا الإمام يقول عن شيخه القاضي ابن عبد السلام إنها لا توجب إلاّ رفع النزاع بين المتبايعيْن خاصة. وكانت نزلتْ فذكر فيها شيخنا هذا فأجبْتُه بأنها توجب الحوز، وهذا الجواب يؤيده.

---

(1) أربع جمل سقطت من أ.

وفيها من غصب لك جارية أو ثوباً لا تدري البيّنة لمن ذلك فذلك تمليك لك ويُقْضَى عليه بردّ ذلك إليك. وفي بعض مسائلها فذلك لك ولا يقضى بملْكها بهذه الشهادة يعني أن الحوز موجب للترجيح.

وسئل ابن زيادة الله عمن أحدث ساباطاً في سكة غير نافذة.

فأجاب: لا يحدث في غير النافذة ساباط ولا غيره وليس لهم المنع مما كان قديماً وإعادته على ما كان عليه ولو أحدث بحضرتهم وسكتوا عنه من غير عذر فلا قيام ولا لمن ملك بعدهم بسببهم.

قلت: تقدم معنى ما في هذه المسألة وعلى ظني أني رأيت في آخر القسمة لابن يونس ما يقتضي جواز إحداث الساباط مطلقاً إذا كان جانبا الزقاق له حيث الساباط. وهو يجري على أحد الأقوال في الإحداث في الزقاق النافذ.

وسئل بعض الفقهاء عن رائغةٍ جانباها لأيتام وصدر الرائغة فيه باب آخر فأراد الأيتام إحداث باب في أحد الجانبين يقابل باباً لهم من الجانب الآخر وبينه وبين آخر الرائغة أربعون ذراعاً فأراد الداخل منعهم منه وليس عليه مدخل ولا مخرج.

جوابها: إذا كان الأمر كما وصفتَ فلهم فتح الباب ولا منع لمن ذكرتَ.

قلت: تقدم أن الرائغة كالشيء المشترك لأربابها فلا يحدث شيء إلاّ بإذنهم. ولعل هذا على فتوى المازري وغيره من مراعاة الضرر وقوته وضعفه، فهو عنده خلاف في شهادة في الضرر. وقد تقدمت هذه وفتواها ونحو هذا.

وسئل البرجيني عن قصرين متقاربيْن بأرضهما حبس [116 أ] وبينهما طريق واسع فعمد قوم وبنَوْا ساقية في الطريق تخرج إلى فدان لهم فأضرتْ بالمارة فلا يقطعونها إلاّ تكلُّفاً وإذا نزل الشتاء تزلق الطريق، فقام محتسب في ذلك بعد أعوام كثيرة لهم على ذلك وجعلوا جسراً من تراب فزاد الطريق ضيقاً ثم رد كل واحد إلى فدانه ما يليه من الوادي إذا نزل المطر وبقي واحد له أول الماء لم يردّ شيئاً فأراد أن يردّ بعد أعوام كثيرة وقال لهم: لا فرق بيني وبينكم، فهل له في هذا الماء حق أم لا؟

فأجاب: قال عليه أفضل الصلاة والسلام وأشرف الإسلام «لا ضرر ولا ضرار» فلا يجوز لأحد أن يحدث في طريق المسلمين ما يضرّ بهم في ممرّهم وتصرّفهم وعليهم فيه حرج ومشقة وينهى عنه أشد النهي ويجب على من بسط الله يده من حكام المسلمين زجره عن ذلك فإن لم ينتَه عاقبه عقوبة يرجع بها عن فعله، ولا يسامح بمثل هذا لأنه يؤدي إلى تسامح الناس فيه. ومَن لا قائم له فالحاكم هو النائب عن المسلمين فيه. وأما أصحاب الفدادين إذا نزل المطر يردّ كل واحد ما يليه لنفسه، فمن حق الأول أن يردّ متى احتاج إلى ذلك وليس استغناؤه عن الرد في وقت بالذي يمنعه من طلبه حقه متى أراد ذلك.

قلت: تقدم حديث الزبير. وأما ما ذكره من إحداث ما يضر بالطريق فلا خلاف فيه، لم يزل الشيوخ يذكرون ضرر المساقي المحفورة في الطريق أو يجعل لها جسراً فيه ويضرّ بالمارة لا سيما زمن الشتاء أنه يتقدم في ذلك لصاحبها حتى يصلحها ويعاقَب عليه إن لم يفعل أو يكرر منه.

وقد حكى شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ أن بعض عدول تونس وأظنه ابن عبد العظيم كان له موضع بالقبلة وأنه جعل له مسقًى في الطريق، فبلغ ذلك قاضي الجماعة فأمر بالخروج إليه وأنه إن فعل ذلك فهو جرحة في حقه فأنْهي إليه قبل خروج العرفاء هذا الكلام فقدّم إليه من أصلحه وأعفى أثره فلم يجدوا شيئاً فسلِم من العزلة. وقال شيخنا الإمام المذكور: وكان لي موضع له مساق من طريق من هذا المعنى فبعْتُه بسبب ذلك ولولا هذه المساقي لما ثبت هذا الثمن فيه، فقال له بعض الطلبة: أنتَ أخذتَ لتلك المساقي ثمناً، فقال: إنّما بعتُ الموضع ولم أذكر له مساقيه. وفي هذا الجواب نظر، وكان حقه أن يزيل ضررها وحينئذ يبيعها والجاهل إذا رآها متشكلة يعتقد أنه من حقوقها.

وأما وضع ساقية تمشي تحت الأرض ويدعمها من فوق بالتراب فما يجري جوازه إلاّ على قول أصبغ الذي يرى التصرف في الطريق الواسعة في البناء وأنه إذا وقع لا يهدم. وقد وقع ذلك في هذا الوقت ولم يغيّر وكان لصاحبها جهة لكن جلها جعلت تحت حائط جنانه في فنائه وهو الأسهل ممن

يشقّ وسط الطريق. وما ذكر من أن الأول متى أراد أن يأخذ حقه فهو كما قال وليس ذلك للأسفل حيازة إذا تركوا ملك الأرض جميعاً أو كان هو أول. وأما إن نزل الأسفلون قبله وساقوا الماء إليهم فقد تقدمت المسألة وأنهم أحق من الأعلى وأخذ ذلك من حديث الزبير المشهور، والله أعلم.

وسئل البرقي عمن له دار يقابل بابها حائطٌ لجاره وفيه طاق لجاره ذكر أنها كانت مفتّحة بتابوت فيها، وأنكر جاره الطاق والتابوت وقال: إنها تكشف باب داري. وقال رب الحائط: إنك تعرف أنها كانت طاقاً وتابوتاً وحقاً لي وأنكره القائم فهل لهذا القائم منع الآخر من الطاق والتابوت[116 ب] بدعواه الحدوث أم لا؟ وإن لم يثبت قدمه فهل على القائم يمين بحدوثه أم لا؟ لدعواه المعرفة عليه لقدمه وكيف لو أقرّ بالطاق وأنكر التابوت فهل عليه أيضاً يمين أم لا؟

فأجاب: إذا كان الداران في شارع نافذ الطرفين فلا كلام للقائم في طاق ولا تابوت محدثيْن كانا أو قديمين، إلاّ أن يطلع على داخل دار جاره فيمنع المحدث ولو كان الشارع غير نافذ فليس لأحدهما الإحداث إلاّ برضى الآخر وما هو موجود لا يُزال إلا أن يثبت حدوثه.

قلت: تقدم أن هذا في كتاب ابن سحنون أنه محمول على القدم وأنّ في أحكام ابن زياد أنه محمول على الحدوث. انظرها في كتاب السلطان من الشرح في سماع زونان[1] عن ابن وهب.

وسئل ابن زيادة الله عمن له دار في شارع نافذ وفي حائطه منها طاق للشارع فعمد إلى إخراج إحداثة في حائطه دون ثلاثة أشبار في الشارع المذكور وجعل الطاق المذكورة فيه حيث كانت في موضعها الأول، فقال صاحب الإخراج: الشارع نافذ واسع ولا يزيد هذا الإخراج في النظر ولا ينقص، فهل له متكلم أم لا؟

جوابها: إذا لم يكن للقائم حجة إلاّ قرْب الطاق فلا يظهر له زيادة ضرر

---

(1) هو زونان عبد الملك بن حسن، من فقهاء المالكية بالأندلس، سمع من أشهب وابن وهب وغيرهما. توفي سنة 232 هـ/ 935 م. مخلوف: شجرة النور الزكية: 1:74.

لأنّ العلماء استحبُّوا التنكيب لئلا يرى ما وراء الباب وهذا كلما قرب حائط جاره زاد منها من النظر حتى لو قرب اقترانه من الحائط لمنعه الرؤية من داخل الدار جملة وتفصيلاً.

من كتاب ابن سحنون: في خرْجَةَ لرجل تُلقى فيها الأزبال لا يدري مَن يلقيه يضرّ حائط جاره فقام واشتكى به. فتفكر فيها قليلاً وذكر لها نظائر وقال: قد يقع حائط الرجل فيسدّ عليه مدخله ومخرجه، أرى رفعه على صاحب الخربة. وفي موضع آخر منه أرى على جيران الموضع كنْسه، يؤخذ فيه الأقرب فالأقرب على الاجتهاد، يريد لأن الغالب أنهم يلقونه فيها.

قلت: ومنه إذا دخلت بهيمة دار قوم فماتت فيه، ففي أحكام ابن عمران: إخراجها على من ماتت في داره. وأحفظ في الطرر فيها قولاً آخر إنه على صاحب البهيمة. ووقعت بالقيروان في سوق ماتت فيه ناقة فأفتى الغبريني المفتي فيها بالثاني لأنه ينتفع ربها بها لكلابه وغير ذلك ويأخذ جلدها وينتفع به بعد دبغه. وكان شيخنا الإمام يأخذ القول الآخر من قوله في رهونها إن مات العبد الرهن فعلى الراهن كفنه ودفنه، يريد لأنه من توابع الحياة كما كانت نفقته وكسوته عليه، وشبهه كفن الزوجة ومؤونة دفنها وقد مرت فيها أربعة أقوال.

مسألة: في دار موصى سكناها لرجل حياته ومرجعها لورثته فاختلّ فيها حائط وخيف سقوطه، فسأل عنها حبيب سحنوناً فقال: يؤمر الذي له السكنى بالإصلاح، فإذا تم الأجل لم يأخذ الورثة الدار حتى يدفعوا قيمة الحائط قائماً لمستحقه من ورثة الموصى له أو له إن كان لمدة معلومة، وفي قول ابن القاسم منقوضاً.

قلت: قاسها على المكتري إذا بنى وتمت المدة ففي قيمة بنائه قولان هل يكون قائماً، لمطرف وابن الماجشون، أو منقوضاً وهو قول ابن القاسم؟ وأما قوله: يؤمر الموصى له بالبناء كما قال في البئر والساقية المشتركة إذا قلّ ماؤها وانهدمت واحتيج إلى الكنس والبناء ففعل ذلك أحد الأشراك فلا يأخذه الآخر إلاّ بدفع نصيبه مما أنفقَ إذا لم تتم المدة في هذه وفي المسؤول عنها.

وفيها[117 أ] أقوال في زكاتها والفطرة على الموصى خدمته لرجل ثم برَقَبَتِه لآخر على صاحب الرقبة إن قبل الوصية. كمن أَخْدَمَ رجلاً عبداً أَمَداً فصدقة الفطر على سيده الذي أخذه، ورويت على الذي أخدم أو المخدم على البناء للمفعول أو الفاعل.

وفي حُبُسها: إذا اشترط على المحبس عليه إصلاح ما رثّ من المحبّس لم يجز وهو كراء مجهول ولكن يمضي ولا مرّمة عليه وتُرَمُّ من غلتها وفاتت في سبيل الله ولا تشبه البيوع، وقاسها على الفرس يحبس بشرط أن تكون نفقته على المحبَّس عليه.

ومنه: إذا أعاره غرز الخشب فوهي الحائط وهدمه صاحبه ففيه خلاف وتفصيل للمتقدّمين فيُنظر في الأمهات.

وأجاب أبو القاسم القمودي في مَن فتح حانوتين إحداهما تكشف سقيف الدار ووسطها والأخرى تكشف سقيف الأخرى يمنع ذلك وسد حائط الحانوتين ورضاهما بذلك لا يحل. وفي آخر جوابه عن بعض العلماء إنه تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور.

ورأيت في حكم القاضي محمد بن خلف الله المعروف بابن مشكان: أفتى أبو بكر بن علي أن هذه الكشفة حق لله تعالى فلا تحاز بالقدم إلاّ أن يقدر المكشوف على الستر وقد وقع للمكشوف أن يستر على نفسه فلم يقدر إلاّ بالفساد عليه فرفعت حينئذ مضرة الطيقان بأن يجعل لها حَلاَقِم مرتفعة الرؤوس إلى أعلى تجلب الضوء من غير كشف في آخر الحكم. وكُتب هذا الفصل بأمري ليكون بيد من ولي القيام به وثيقة وحجة.

قال: ورأيت جواباً لبعضهم فيه: الكشفة لا يحل البقاء عليها وليس المار كالجالس الثابت الذي يرى مَن يدخل ويخرج. وإليه ذهب شيخنا أبو القاسم بن عبد الوارث السيوري. والسَّدّ يكون ممشطاً كالحائط الأول. ويُكتَب لهم بذلك وبالحكم لمن يُقضى له وشهد عنده. وكذا عند ابن مشكان وشيخه وشيخ شيخه أنه حق من حقوق الله عزّ وجلّ.

قلت: هذا نحو ما تقدم لابن يونس عن بعض الفقهاء، ونص المدونة خلافه، والصواب إن اتفقا على إحداثها وجعل كل جار لصاحبه إحداث ذلك فلا يجوز لأنه تعويض للكشفة باختيارهما. وأما الكوة القديمة فيؤمر الجار بالستر عنه أو هو يجعل مِشْجَباً أو كما قال في هذا الجواب، وما ذكره عن بعض العلماء من قوله «تحدث للناس أقضية» فهو مأثور عن عمر بن عبد العزيز وتقدم معناه لابن رشد في نوازله أنه تحدث وقائع لم تقع في الزمن الأول لتُسْتنبَط لها أحكام في أصول الشريعة كالكتاب والسنة والإجماع وما بني عليه أصل كل مذهب مما اتفقت الأصول على صحته. وعمّم هذا الأثر بعض العلماء[1].

ففي أحكام الشعبي عن ابن وضاح: قلت لسحنون: إن ابن عاصم كان يحلف الناس بالطلاق يغلط بذلك ويأخذ ذلك من الحديث «تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور» فقال: مثل ابن عاصم كان يتأول هذا، وكذا ظاهر كلام هذا الشيخ. وقد يستدل بتعميمه ما تأوله ابن رشد في ضرب الإماء بالدرة إذا تشبّهْنَ بالحرائر، قال: هذا في الزمن الأول، وأما الآن لكثر الفساد فلا تخرج إلاّ مستترة، إلى غير ذلك من مسائل ألْجأ إليها عرف الاستعمال. وكذا استعمال الحيل في استخراج الحقوق كقضايا حكاها المؤرخون عن أبي عمر الإشبيلي وغيره[117 ب] والصواب استطراده في مسائل إذا شهد شرع باعتبار جنسها. قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ نَشَآءُ لَأَرَيْنَٰكَهُمْ فَلَعَرَفْتَهُم بِسِيمَٰهُمْ ۚ وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِى لَحْنِ ٱلْقَوْلِ ۚ﴾[2] والله أعلم.

وسئل بعض الفقهاء عن زنقة ضيّقة فيها ثلاث دور حول دارين منها فندقان وبينهما وبين باب الدار الباقية ثلاثة أذرع فغشيتهما المارة وضاق المكان فتضرّر صاحب الدار بكثرة المارة والدخول والخروج.

قال: لرب الدار منع صاحبيْ الفندقيْن من الضرر به إذا لم يمض من الأمد

(1) نقلٌ مقتضب لما ورد في فتاوى ابن رشد: 2:761.
(2) سورة محمد، الآية: 30.

ما تكون فيه حيازه للضرر عليه فيحلف على ذلك ويحكم له، فإذا مضى ذلك وهو ساكت لا يغير فلا قيام له بعد.

قلت: ووقع في هذا الوقت رجل جعل داراً له للمعْدلة وتسمى في القديم بدار الثقة، فتضرر الجيران بكثرة الدخول والخروج وكثرة الجلوس على بابها ومرور أعوان قاضي الأنكحة، فأفتيتُ بأنهم إن كانوا يكثرون الجلوس ببابها حتى يتكشّفون على مَن يخرج من دور جيرانهم فإنهم يُمنعون من ذلك بمنزلة ما مرّ في مسألة الحانوت مع الحمام وهذه المسألة دليل ذلك أيضاً.

وسئل ابن زيتون عن مسجد قديم خَرِبَ ما حوله من الدور فجعلت دور للدبغ، ثم بعد زمان قام محتسب وقطع ذلك ونقلت إلى خارج البلد، ثم أراد الآن بعض أهل تلك الدور عَوْدَها دوراً للدبغ فمنعهم أهل المسجد وقالوا: تدركنا الأنتان والقذارات ويلحق المسجد بعض ذلك مع قدمه.

فأجاب: ليس لهم إعادة الدور للدبغ إذا كان ريح الدبغ ونتْنه مؤذياً لأهل المسجد.

قلت: ولو طال أمد عمارتهما فلا بد من قطعها إذ لا حيازة على الأحباس كاقتطاع الطرق ونحوها.

وسئل أبو محمد عبد الله الزواري[1] عن قوم كانت لهم دور للدبغ بداخل القيروان قديمة على مر الأزمان فأخرجهم بعض العمال من دورهم لدورٍ بناها خارج السور معدة للدبغ، ثم بقي نحو ثلاثين عاماً ورجع بعضهم إلى موضعه فأراد أن يرده للدبغ كما كان فمنعه بعض الجيران واحتج ببقائه نحو ثلاثين عاماً، فأجابه: بأنهم مغصوبون على الخروج من دورهم وأراد رد دارهم على ما كانت عليه قديماً، فهل له ذلك أم لا؟

جوابها: إن ثبت ما قالوه فليس لأحد منعهم.

---

(1) في جميع الأصول: الراوي. وقد أصلحناه اعتماداً على ما ورد في هذا الجزء من إعادة إيراد نفس المسألة وذلك في الورقة 309 أ، من المخطوط ج.

أبو حفص: سئلتُ عمن يعمل الخل في داره فقال الجيران تؤذينا رائحته وتؤذي الحيطان. فقلتُ: إذا قال أهل الطب: إن الرائحة تؤذي، وقال أهل البناء: إن ذلك يؤذي الحيطان منع من ذلك إلاّ أن يبني دون حيطانهم حائطاً يمنع الوصول إلى حائطهم ولا يكون يؤذيهم فلا يمنع. وذكر أن أبا بكر عبد الرحمن أفتى أيضاً بالمنع من أجلهم ومن أجل الحيطان.

قلت: تقدم لابن سهل عن ابن عتاب أن الضرر على ثلاثة أقسام: منه ما يزال باتفاق كالاطلاع على الجار وما يؤذيه في جدرانه والدخان والإنتان والقذارات وكل ريح مؤذ وكغبار الأنادر، ومنه ما لا يجب قطعه باتفاق فمنه ضرر ارتفاع البنيان ومنع الشمس وهبوب الريح، إلاّ أنه قد روي عن بعض أصحاب مالك أنه إذا قصد محدث ذلك الضرر بجاره مُنع منه، ومنه ما هو مختلف فيه فمنهم من رأى قطعه ومنهم من لم يَرَه وهو كل ضرر لا تأثير له في جدار ولا بناء ولا اطلاع ولا في شيء[1] كضرر الصوت للرحى والنداف والكماد وشبهه. وتقدم أن ضرر القيمة فيه قولان أسقطه ابن عتاب مستدلاً عليه بروايات كثيرة ظاهرها عدم اعتباره، وخالفه ابن جُرْج وغيره، وإن ضرر قلة المعاش غير معتبر باتفاق. وأصل منع الروائح قوله ﷺ «مَن أكل من هذه الشجرة فلا يقربنّ مسجدنا يؤذينا بريح الثوم» وتقدم مثله في مسألة الجُذماء وذوي الروائح القذرة. وأخذ منه بعض شيوخ الأندلس الذي يؤذي الناس بلسانه في المسجد يخرج منه محتجاً بهذا الحديث.

ومنه ما سئل عنه اللخمي وهو حفرة جُعِلتْ لجمع الأزبال والقذرة وتضر المارين إلى المسجد والجيران، وفي السؤال طول اختُصِر.

فأجاب: حال هذه الحفرة فيها مضرة عظيمة وعلى من بسط الله يده زوالها وأخذ مالكيها ببناء حائط عليها يمنعه من إلقاء ذلك فيها. وكذا ما ذكر من فتح المرحاض يمنع إحداثه، وعلى من أحدثه سده.

---

(1) هنا في نهاية الورقة 117 ب من المخطوط بدأ انقطاع طويل يصل إلى قرابة 35 ورقة من المخطوطة أ ولذلك اعتمدنا تحقيق هذا المقدار من النص على النسختين أ و ج، واعتمدنا أيضاً ترقيم ورقات المخطوط أ في تحقيق هذا المقدار الناقص من نسخة ب.

قلت: ووقعتْ في هذا الزمان مسألة وهي أنه عمَدَ أهل درب يقال له درب النشار من باب السويقة فاشتروا بقعة من الأرض لمّا ارتفعت ساقِيَتُهم وقريب منها دور لقوم آخرين فيها مياه مراحيضهم وأتْفالها فأضرّتْ بالمارين وبمن قاربَها من ربع غيرهم ، فاحتسبَ فيها محتسب لقاضي الجماعة فأمر بردْمِها وإعفائها فرُدمتْ وزال ضررها.

وسئل الصائغ عن بيع قاعة المرحاض وليس المراد إلاّ ما يجتمع فيه لحاجة للمشتري إليه، وهل يطيب الثمن للبائع؟

فأجاب: البيع في البيت لا يُرّد.

قلت: ظاهره أنه يكره ابتداءً كبيع الزبل والعذرة لأنه تكلم عليه بعد الوقوع فيجري فيها الخلاف الذي فيه. وظاهر المذهب الجواز لأن المبيع إنّما هو القاعة ولواحِقها غير معتبرة كمال العبد وحلية السيف الذي النصل تبع لها وبيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها تابعاً للأرض إلى غير ذلك. ومنها مسألة شيخنا في بيعه الفدان الذي له مساق ولولا هي لما كانت له قيمة يعوّل عليها. وتقدمت مسألة من يتسبّب في زوال المغارم عنه ويعلم أنها ترجع على غيره. وأصل هذا كله قضية عائشة ـ رضي الله عنها ـ حين قال رسول الله ﷺ «مروا أبا بكر فليصلّ بالناس» واعتذارها عن أبيها ودلالتها على عمر إلى أخر القصة.

وسئل السيوري عمن له حجرة فيها بيوت لسكنى الكراء في موضع مرغوب فيه فعمد إليها وهدمها وبنى بها غيرها وتركها خراباً لإلقاء الفضلات والكناسات والنجاسات وتضرر الجيران، هل يجوز فعل مثل هذا؟ وهل يُجبر على إنهائها أم لا؟ وربما طولب ببنائها فقال يفعل، ثم، لم يفعل.

فأجاب: إذا أضر بالجيران ضرراً كثيراً فإما أن يبيع أو يبني.

وسئل ابن أبي زيد عن دار في شارع هو مسلك المشرق والمغرب ويقابلها من الجهة الأخرى مسجد فأراد رب الدار جعل مرحاض ويخرج به على حائطه لناحية الشارع قدر ذراع ونصف، هل يضر ذلك بالشارع والمسجد أم لا؟

فقال: أرى هذا الذي أخذ قريباً ولا يمنع في مثله في مثل هذه السعة لعدم مضرته بالسالكين.

قلت: تقدم أن للرجل أن يحدث كنيفاً بقرب فنائه مما لا يضر بالمارة في الطريق. وزاد ابن سهل: ويضرب عليه بحيث يأمن المارة منه، وكذلك مريض بهيمة إلى فنائه أو كناسته أو دكاكين. وفي الأكرية منها: إذا ربط المكتري بباب داره دابته فرمَحَتْ[1] أو قتلت ابن ربّ الدار فهو جبارٌ، وكذا مَن نزلَ عليها بباب المسجد أو بباب الأمير أو بباب الحانوت نزله لحاجة فما أصابتْ فهو جبار، فأخذ منه شيخنا جواز مثل هذا، قال شيخنا: وهذا ما لم تلوّث باب المسجد. ونزلت أيام المَرِيني في جامع الزيتونة فأمر أن يُجعل خشبٌ يمنع البهائم من صولهم إلى باب الجامع يوم الجمعة. قال وانظر لو ربطها على باب دار أجنبي للضرورة؟ قال شيخنا: والصواب أنه يمنع من ذلك ويضمن ما أفسدت.

وسئل السيوري عن يهودي اشترى داراً من مسلم في درب ليس فيه إلاّ مسلمون من أهل العافية والغير فسكنَ اليهودي [163 ب] الدار وآذى الجيران بشرب الخمر وفعل ما لا يجوز وللدرب بئر نازل هذه الدار فصار يملأ معهم بدلوه وحبْله وقُلّته، فامتنع أهل الدرب من الامتلاء منها، فهل يجوز إبقاؤه أم تُبَاع عليه؟ وإذا بقي هل يملأ معهم أم لا؟

فأجاب: يمنع من إيذائهم بما وصف من شرب الخمر وفعل ما لا يجوز فإن انتهى وإلاّ كُرِيتْ عليه، وأمّا الاستقاء من البئر فخفيف.

قلت: إنّما قال يُمنع، كأنه من إظهار الخمر.

وفي المدونة: إن أعلنوا الزنا وشرب الخمر أدِّبوا. وقوله: فيُنْهَى فإن انتهى إلى آخره، ظاهر النهي مرّة واحدة.

وفي سماع أبي زيد بن القاسم: وسئل مالك عن فاسق يأوي إليه أهل الفساد والخمر، قال: يخرج من منزله ويخارج عليه. قال: أفلا تباع؟ فقال:

---

(1) رمَحَتْه الدابة: رفستْه.

لا، لعله يتوب فيرجع إلى منزله. ابن القاسم: يتقدم إليه المرة بعد المرة ثلاث مرات فإن لم يَنْتَه أخْرِجَ وأكريَ عليه، ابن رشد في الواضحة: تباع عليه، خلاف هذه الرواية والأول أوضح للعلة المذكورة. ولو كانت بكراء أخرج وأكْرِيتْ عليه ولا يفسخ كراؤه. ومثله في كراء الدور منها.

وعن يحيى: تُحرق بيت الخمّار. وعن بعض أصحابنا: إنّ مالكاً استحبّ حرق بيت المسلم البائع الخمر، قيل: فالنصراني يبيع للمسلمين؟ قال: يُتقدّم إليه، فإن لم ينته أحرق بيته بالنار. وأخبرني الليث أنّ عمر أحرق بيت رويْشد الثقفي لبيعه الخمر وقال له: أنت فُويْسق ولستَ روشيداً. انظر آخر كتاب السلطان من الشرح.

وعن يحيى بن عمر: إذا أتى رجل إلى شرطي فأخبره أنّ قوماً في بيتٍ على شرابٍ أو فسْق، فإن لم يعلن رب البيت بذلك فلا يتْبَعه، وإن أعلن بالسوء تقدّم إليهم في ذلك فيتبعه إلى ذلك البيت.

وعن مالك: في الجار يُظْهرُ السوءَ كشرب الخمر أو غيره مما لا ينبغي ظهورة فيتقدم إليه في ذلك وينهاه، فإن انتهى وإلاّ رفع أمره إلى السلطان وأظهره عليه.

وكتب بعض قضاة ابن طالب إليه أنه أخذ قدوراً بقابس لا تعمل إلاّ لطبخ النبيذ ولا تكرى إلاّ له، وإذا قطعت ضيق عليهم وجُمِعتْ تحت يد فقيه، فكتب إليه: إن لم يكن فيها منفعة إلاّ للخمر فغيّرْ أمرها، وإن كانت لا تكسب إلا للخمر فاكْسِرْها وصيّرْها نحاساً وردَّها عليهم كما يُفعل بالبُوق، وامنعْ مَن يعملها وتقدّم في شرائها، وقد مرّتْ المسألة.

وسئل عمن يدقّ النوى في بيته لبقره ويُبَيِّتُهم في الشتاء في بيته فأراد الجار منعه من ذلك.

فأجاب: يُمنع من دقّ النوى لأنه يضرّ بالبناء وحس سماع الضرب يضرّ بالساكنين إلاّ في بعض الأوقات. وإذا تكرر الأمر منع منه. وأما تبْييتُ البقر في بيت المالك فلا مقال فيه وليس عليه في ذلك ضرر.

قلت: ظاهره ولو كان يقع منه النداء ويحتمل إلاّ أن لا يكون فيه إلاّ حركة البقر خاصة. وأما لو كان معه نداء أو ضرر للحائط لوجب منعه كما يمنع الأرْوِيَة المعدّة للبهائم ويكون الجواز هنا لكونها معَدّة لسكنى المالكين. وقوله: وحسّ سماع الضرب إلى آخره، معناه الضرب على الأرض. وأما لو كان على الأيدي فلا يضر، لكنّ الكمّاد يَضرب على ما اتّصلَ بالأرض، فلعلّ مذهبه أنّ ضَرَرَ الأصوات المكترر يجبُ قطْعُه.

وفي أحكام ابن سهل: قام قائم على مؤذن يقوم في جوف الليل على سطح مسجد قريب من داره يؤذن عليه ويبْتهِل بالدعاء ويتردّد لذلك إلى أن يُصْبِح وقال: فيه ضرر على الجيران، فوقف عند القاضي وأقرّ به وقال قيامه قدر ساعة.

فأجاب: يؤمر الموْقوف عليه أن يقطع الضرر عن جيرانه ويجري على ما كان الناس عليه قبله من الأذان المعهود [64 أ] في الليل على ما كان من أفعال الصالحين والاقتصار عليها فالخلاف شر.

وأجاب ابن جُرْج: أحسن ما يفعله الناس اتّباع السلف الصالح، ومن فعل ما لا يشبه السلف فممنوع ويُستحبّ المنع له. وعن مالك: بلغني أن أبا سلمة رأى رجلاً قائماً عند المنبر يدعو ويرفع يده فأنكر عليه وقال: لا تقلصوا تقلّص اليهود، فقيل له: ما أراد بالتقليص؟ فقال: رفع الصوت بالدعاء ورفع اليدين. فهذا أبو سلمة ومالك أنكرا رفْع الصوت عند المنبر بالنهار فكيف بالليل! فلو سمعا ما يفعله هذا المؤذن لكانا أشدّ إنكاراً. ولو ذكَر ربّه في بيته أو وسط مسجد لكان أولى به.

وعن مالك أن تميماً الداري قال لعمر: دعني أدْعُ الله وأقُصّ وأذْكُر الله، فقال: لا، فأعاد عليه، فقال: أنت تريد أن تقول أنا تميم الداري فاعرفوني. فهذا عمر نهاه بالنهار فكيف بالليل، وقال: لا يؤذن المؤذن إلاّ بسحَرٍ، قلت له: وما السحَر عندك؟ قال: السدس الآخر فاذكر هذا للمؤذن، فإن سمع موعوظاً وإلاّ فازجره ممنوعاً متّبعاً للسلف الصالح والأيمة المهتدين.

وأجاب المسيلي: بأن الله سبحانه فرض على نبيه عليه الصلاة والسلام قيام الليل ثم خففه ونسخه. وعن بعض السلف من المتقدمين: إنّ قيام الليل فرض على الناس مَن أطاقَهُ منهم. وصلى عليه الصلاة والسلام حتى تورمتْ قدماه وقال: (أفلا أكون عبداً شكوراً) أو مدح الذاكرين بقوله: ﴿وَٱلذَّٰكِرِينَ ٱللَّهَ كَثِيرًا وَٱلذَّٰكِرَٰتِ﴾[1] وقال: ﴿ٱذْكُرُوا۟ ٱللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا﴾[2] وقال عليه الصلاة والسلام «ما رأيت أنجى من عذاب الله من ذكر الله» وقال ﴿فَٱذْكُرُونِىٓ أَذْكُرْكُمْ﴾[3] .

وما صنَعَه المؤذن فمأمور به مُرَغَّبٌ فيه كثيراً، فخير الدعاء وقراءة القرآن وتذكير الناس وتخويفهم قديم من فعل الصالحين المتبتّلين الزهاد في أقطار المسلمين. وكان عروة بن أدَيّة[4] يقوم بالليل فيصيح في الطريق ويحظُّهم ويقرأ ﴿أَفَأَمِنَ أَهْلُ ٱلْقُرَىٰٓ أَن يَأْتِيَهُم بَأْسُنَا بَيَٰتًا وَهُمْ نَآئِمُونَ﴾[5] ثم يُقبِل على صلاته فيصلي حتى يصبح.

ويصلي المرء من النافلة ما قدر عليه ولا يكُلَّف ما لا يطيقه لحديث الحولاء بنت تُوَيْت[6] وفيه يكره ذلك وقال «إن الله لا يملّ حتى تملّوا تكلّفون من العمل ما لكم به طاقة».

ولا ينبغي لمؤذن ولا غيره إذاية مسلم ومن فعل غير ما ذكرته بغير تلوّم ولا يليق رفع هذا للسلطان وفي غير السلطان كفاية. فإن كان هذا الذي يؤذي الناس وهو مخالف فالكشف عنه كشفاً شافياً، ولا ينبغي أن يُمنع مثل هذا وإنما يُمنع من أدخل على المسلمين مضرة في دنياهم، والاقتصاد في الأمر حسن.

وأما الأذان في الليل والنوافل والصلوات النافلة والاستسقاء والخسوف

---

(1) سورة الأحزاب، الآية: 35.

(2) سورة الأحزاب، الآية: 41.

(3) سورة البقرة، الآية: 152.

(4) من الخوارج وهو أول مَن قال «لا حكم إلاّ لله»، توفي سنة 58 هـ / 678 م. الزركلي: الأعلام 4: 226.

(5) سورة الأعراف، الآية: 97.

(6) من الصحابيات، ترجمها ابن الأثير في أسد الغابة 5: 432.

ونحوها من النوافل فمنع أهل العلم من الأذان لها فلا يجوز التعدية إلى غيره.

وأجاب ابن عتاب: أن ما يفعله هذا المؤذن لا يمنع منه غير الصعود إلى السقف لما يتوقع من فساده على الصعود وعلمك محيط بما ذكر الله من الترغيب فقال ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ﴾(1) والاحتساب في هذا غير سائغ إذ هو ذكر الله وما تنشرح له صدور أهل الإيمان وتطمئن به قلوبهم ﴿أَلَا بِذِكْرِ ٱللَّهِ تَطْمَئِنُّ ٱلْقُلُوبُ﴾(2) ومتى عهد من أذّن بالأسحار وابتهل بالدعاء والاستنفار أن يوفق موفق الإقرار والإنكار؟ أما سمع المحتسب قول الله تعالى وتبارك [164 ب] ﴿وَلَا تَطْرُدِ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ رَبَّهُم﴾(3) الآية. وحكى مالك أنّ الناس في الزمن الأول كانوا يتداعون لقيام القراء لقراءتهم بالأسحار يسمعون أصواتهم في كل منزل. وفي الحديث أنّ بلالاً ينادي بليل فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم. وقال ابن حبيب: لا بأس بالأذان لها بليل طويل بدليل هذا الحديث. وأي وقت أذن بعد نصف الليل فواسع. والنداء في عسعسة الليل أفضل، وعليه مضى العمل. وقول المحتسب: ضرر عليهم فيحتمل أن يريد جماعة المسلمين فإن أراد هذا فلا يصح إذ لم أجد من المسلمين ذلك ولا سمعنا عن أحد منهم أنه قاله. ويحتمل أن يريد مَن يجاوز المسجد فعلمك محيط أنه لا ينبغي له التكلم عنهم إلاّ بعد توكيلهم إياه، ولو وكّلوه لذلك والله يعصمهم منه لما سمع ذلك.

وعن مالك: في الضارب للحديد ليلاً ونهاراً فيتضرر منه جاره ولا يجد راحة لكثرة ضربه فلا يمنع من هذا، فكيف لمن يقوم بالأذان والدعاء؟

وفي أحكامه أيضاً في المتحلقين في المساجد للفتيا ومذاكرة العلم هل يُمنعون لحق المصلّين؟

جوابها: يجوز ذلك وإن لم تبْق إلاّ الصلاة. وجاء ذلك من فعل الأيمة فروي عن مالك أنه كان يُحَلِّق يوم الجمعة في مسجده عليه الصلاة والسلام حتى

---

(1) سورة النور، الآية: 36.

(2) سورة الرعد، الآية: 28.

(3) سورة الأنعام الآية: 52.

يخرج الإمام فحينئذ يقطع الفتيا ويستقبله. والعلم أفضل شيء اجتُمع لمذاكرته بعد كتاب الله تعالى. ورأيت مساجد الأمصار يتحلّقون فيها للعلم الأيمة ومن دونهم من المتفقهين ولا ينكر عليهم ولا يقامون، وتَرْكُكَ للمتحلقين واسع إن شاء الله تعالى. ابن سهل: هذا الإطلاق غير صحيح إنما يُتْرك من يوثق بفقهه وعلمه ودينه ويؤمن عليه التكلم في ما لا يُحسنه والفتوى بما لا يعلمه فحينئذ يباح التحلّق والتكلّم في غير أوقات الصلوات حيث لا يضر بالمصلين.

وعن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ أنه دخل المسجد فوجد رجلاً يُخَوِّف فقال: ما هذا؟ فقالوا: رجل يذكّر الناس، فقال: ليس هو يذكّر الناس ولكنه يقول أنا فلان ابن فلان فاعرفوني. فأرسل إليه فقال: أتعرف الناسخ من المنسوخ؟ قال: لا، قال: فاخرج من مسجدنا ولا تُذكّر. وعن ابن عباس نحوه. وما حكوه في جوابهم عن مالك مصحّف خطأ وكذا باقي جوابهم وتركناه خشية الطول.

قلت: تقدم في أوّل هذه المسائل معرفة من يصحّ للفتيا أو الجلوس للعلم. وحدثنا شيخنا أبو الحسن محمد البطرني ـ رحمه الله ـ أنه أدرك بجامع الزيتونة نحو السبعين حلَقة يوم الجمعة للفتيا قال: يجلس الرجل مع مَن يعرفه ويتذاكرون المسائل وأعظمها حلقة سيدي الشيخ قاضي الجماعة ابن قَدّاح. وفي طبقات الفقهاء لمّا عرَّفَ بابن عفيف قال: كان يحيي شهر رمضان في مسجد بجمع من المسلمين الذين كانوا يصحبونه ويلتزم كل يوم جمعة القراءة على من كان يجتمع إليه فيه من الناس بكتب الزهد والمواعظ كرقائق الفضيل وابن المبارك، ومجالس الحسن البصري، وعدّد كُتُباً في الزهد والمواعظ يعظ الناس ويحضّهم على الخير وينهاهم عن الشر ويأتي إليه كثير من الرجال والنساء فُرادى وجماعات ويجتهدون في ذلك كما يُفعل بمسجد القرافة بمصر ومسجد السبت بالقيروان ونفع الله خلقاً كثيراً بالتوبة والإقلاع والبكاء والخشوع والخوف، ورجع خلق كثير من أهل المعاصي والإسراف وكان في هذا المجلس على سَنَن السلف الصالح.

قلت: وكذا هو عندنا الآن بتونس.

وتقدم الكلام في قول [165 أ] مالك: يُقام الذين يجلسون يوم الخميس لقراءة القرآن وغيره. وتقدمت قضية الاجتماع يوم السبت ومن ينكره ويجيزه. وكذا كان أبو الحسن بن أبي الفضل الجوهري واعظ مصر جلس في جامع القيروان وتبعه خلق كثير، كما كان أبوه يفعل بمصر وقصته طويلة حكاها ابن شرف في الذيل على ابن الرقيق فانظره فيه. وانظر اجتماعهم اليوم في جامع الخطبة يوم الجمعة قبل خروج الإمام يقرؤون القرآن في المصاحف هل هو في وقت صلاة فيُمنع كما قال ابن سهل، ووقت الصلاة هو وقت خروج الإمام[1] فما بعده فيجوز. وقد أُحدث هذا منذ أزيْد من خمسين سنة. ويقال إنهم في الديار المصرية كذلك. والذي شاهدناه عام حجة الفريضة يجلس رجل على كرسي فيقرأ والناس يستمعون، وظاهر الأحاديث جواز الاجتماع للذكر حسبما بيّنّاه.

وسئل السيوري عن طريق يخرج في أصل للغابة يجمع المارة من أهل الغابة والمسافرين وغيرهم وهو مَحَجّ كبير وفي أثنائه رحبة متسعة فخرج منها طريقان، فعمد من له جنة بإزاء هذه الرحبة واقتطع منها قريب المائة وثمانين قدماً طولاً في قدر التسعة أقدام عرضاً وأضافه إلى جنّتِه وجعل عليه طابية وأخذ ترابها من الطريق فحفر فيها حفراً، فقام عليه محتسب في ردّ ما أخذ من الطريق وهدم الطابية، فقال مرة: الطريق واسعة فلا يضرها ما اقتطعتُ، وقال مرة: يدفع قيمته للفقراء، فهل يلزمه رد الطريق على ما كانت أو لا؟

فأجاب: يُجبَر على رد الطريق على ما كانت عليه ويصلح ما أفسد ويردم ما حفر، فإن امتنع فالسوط والضرب الوجيع والسجن الطويل.

قلت: وقعتْ هذه المسألة في أحكام ابن سهل مستوفاة وجلب فيها آثاراً وروايات ومن جملتها رواية أصبغ عن أشهب أنها إذا كانت واسعة جداً فلا يهدم البنيان منها. وقد مضت وحكى في بعضها أنه مكروه فإن وقع مضى. وحكى من رواية ابن وهب أنه يهدم البنيان إلى غير ذلك، وحكى الاتفاق على أنها إذا

(1) ثلاث جُمل سقطت من أ.

كانت تضيق بذلك فيجب هدمها وتسقط التهمة مع علمه بذلك وتعمده. وتقدمت هذه المسألة مَن أرادها فليطالعها في أحكامه، ولم يذكر ما انتفع به منها هل يلزمه كراؤه أم لا؟ وقد مر أيضاً في هذه الفصول.

وسئل السيوري أيضاً عمن له فدّان بإزاء شارع مسلوك للحاضر والبادي فعمد إلى الطريق في بعض السنين وأدخل منها للزراعة في طول مائة وخمسين ذراعاً، فأنكر عليه ما فعل مع عدم فعله قبل ذلك فقال: أخبرني قوم ذكرهم غير ثقاة أن هذا الفدان إلى منتهى ما فعل، فهل يُقبَل منه هذا أم لا؟

فأجاب: لا يتم له شيء بقول مَن يذكر ويُمنع من فعله، وفعله جرحة.

قلت: هو على أصله والجواز على أصل أصبغ أَحْرى.

وسئل عمن له دار في آخر رائغة فعمد إلى نحو ثلاثة أذرع منها واقتطعه بالبناء وجعله سقيفاً وفوقَه مطبخاً وشرك في حائط الجار رمى الخشب على حائطه، فأنكر عليه الجار ثم خاف منه لقربه من السلطان فبقي هذا زماناً ثم توفي، هل يُقام على ورثته ويهدم ما بنى ويرجع كما كان ويزال ما أحدث على الجار أم لا؟ وكيف لو رضي الجار بإبقاء ما كان عمله عليه هل يبقي ذلك أم لا لكونه من الزقاق؟

فأجاب: يزال ما ذكر ويرجع إلى ما كان ولا ينفع رضى من وصفت.

قلت: تقدمت مسألة العتبية في الرحبة تكون بين داريه فيقطعها وما اتصل بها وغَرز الخشبة على الجار.

وسئل عن شارع عمد بعض مَن فيه فبنى عرصة نحو الذراع في الشارع وبناها ودعمها وجعل عليها ساباطاً [165 ب] يظلل على الطريق وليس في أصل الشارع عدا العرصة المذكورة، هل له ذلك سواء كان الطريق واسعاً قدر السبعة أذرع أو أقل أو أكثر أم لا؟ وكيف لو قابله ساباط لغيره أو أكثر وربما أظلم الطريق، هل يكون لأصحاب الساباط الثابتة مقال أم لا؟[1] وربما قارب ساباط غيره جداً هل يمنع أم لا؟

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

فأجاب: كل ما عمل مما لا يلاصق حائطه من بنائه مما لا يضرّ بأحد من الناس فذلك له، ولا أحدَ يمنع منه.

قلت: هو نحو ما تقدم لابن أبي زيد في من خرج على حائطه مقدار ذراع لحفر مرحاض ونحوه فعليه هذه المكامد والدكاكين ونحوها إذا لم تضرّ بأحد فله فعلها. وكذا لو كان له بحذاء قوس بينهما فرجة فله تعميرها بمَكْمَدَةٍ ونحوها بشرط عدم ضرر المارة ونحوهم.

وسئل عن نخلة قرب السور قائمة لكن يخاف عند نزول العدو بالبلد أن يقطعوها فتهدم السور أو بعضه، فهل تُقطع إذا خيف ذلك عند حلول العدو بالبلد؟ وكيف إن كانت داخل السور مائلة يُخاف عليها الوقوع على السور فتهدمه يقع أيضاً أم لا؟

فأجاب: متى غلب على ظنه السلامة بَقِيَتْ وإن غلب على ظنه الخوف قُطعت، ولو استوى الاحتمالان بقيت على حالها.

وسئل اللخمي عن مسجد بجواره نخلة مال فيها إلى سطح المسجد ذكر أهل المسجد أنه لا يستطيع جَذُّها إلاّ على ظهر المسجد وإذا كانت المطر غزيرة يرجع ماء ورقها إلى قلبها فيكثر القطر مما يقابل ظهر المسجد منه.

فأجاب: إن كان القطع يصل إلى المسجد بسبب النخلة كان على صاحبها قطعها إلاّ أن يكون إصلاحه للنفق يرفع ذلك فلا يقطع إذا أصلح ذلك إصلاحاً يرفع الضرر.

وأجاب أيضاً في نخلة بجوارها زيتونة لغير مالكها وقد انشقّ عمودها فخشي أن تقع عليه فتهلكه وبعث القاضي عدولاً شهدوا بخوف الضرر.

فأجاب: إذا شهدت البينة بما وصفتَ فعلى صاحبها إزالتها.

وأجاب: عن مسألة إذا أراد جعْل ستارة على سطحه لستره وستر أهله وهي تمنع من الريح والشمس فإن له ذلك والنفقة عليه بخلاف الحائط بين الدارين فالنفقة عليهما إذا كانت فيه منفعتهما. وأما إذا قال أحدهما: لا نصعد

أنا وأنت على السطح إلاّ أن نجعل ساتراً فوق السطح بيننا وامتنع الاخر.

فأجاب: إن الأمر على ما ذكر إن كان الانتفاع لهما وإن لم يُفعل أدّى إلى التكشّف على بعضهما، فمن دعا إلى البناء فالقول قوله وإلاّ فله منع جاره من الطلوع للسطح.

وعن بعض المفتين في مسجد في بلد تحت قصر وزعم أهل البلد أن المحاربين يتعلّقون بالقصر من على المسجد، فهل يهدمون ما يلي القصر إذا خافوا على أنفسهم منه؟

فأجاب: يهدم ذلك الجانب فإذا أمنوا أعادوه.

وفي العتبية عن ابن وهب: في من يغرس في داره شجرة فتطول حتى تُشرفَ على دار جاره، فإذا طلع عليها من يجني ثمرتها نظر إلى ما في دار جاره أو يقرب من جداره فيزعم الجار أنّ موضع الشجر يضرّ به ويخاف التطرُّقَ منها فيدخل عليه في داره، هل يقطع ما يؤذيه من طولها أو يقطعها كلها لقربها من جداره؟ وكيف إن تقادمت ومضى لها أعوام وهي تزيد في كل عام فهل يأمر السلطان بقطعها لما يؤذيه ويشرف منه على عياله؟

فقال: إن لم يكن إلاّ ما شكى من الطروق من ناحية الشجرة وطلوع مَن بجنبها فلا حجة له، ومُنِع مَن يجْنِيها من التطلّع والإضرار وإن علم ذلك منهم ولا سبيل له إلى قطعها ولكن إذا انتشرت فروعها وعظمت حتى خرجتْ [166 أ] من أرض صاحبها وحدوده ووقعتْ في أرض جاره وحدوده وأضرّ ذلك به قطع الذي أضرّ به منها ووقع في جداره وآذاه منها فقط.

ابن رشد: لا اختلاف أنّ من غرَسَ في داره شجرة فلجاره أن يقطع ما طال من أغصانها فآذاه في جواره أو دخل في حقّه وهوائه وله أن يقطع الشجرة إذا غرسها بموضع يضر غرسها بالجدار لقُرْبِها منه. وأما ما يخاف من التطرق أو يطلع عليه من يصعد لجنائها فلا حجة له في ذلك. ولو كانت قديمة قبل بناء الجدار فليس له قطعها ولو أضرّ بالجدار. واختلف هل له أن يقطع ما طال من أغصانها فأضر بجدار جاره؟ فعن ابن الماجشون: ليس له ذلك لأنه قد علم

أن يكون من شأن الشجرة لأنه قد جاز ذلك من حريمها وهوائها قبل بناء الجدار. وعن مطرف وأصبغ: ذلك له، واختاره ابن حبيب وهو الأظهر.

ولو كانت لرجل شجرة في أرضه وإلى جانبها أرض لجاره فيقطع منها ما طال وانبسط وامتد من فروعها إلى أرضه.

ومن كانت في أرضه شجرة لغيره فليس له أن يقطع ما طال وانبسط منها. انظرها في الشرح من كتاب السلطان.

وتقدمت من مسألة الشجرة تكون في وسط أرض الرجل وتكلم اللخمي وغيره على قدر حريم الشجرة عند الغرس وما يبعده عن جاره وأنه قدر ما يمنعه من الضرر من ظلها وعروقها وليس في ذلك حد لاختلاف الشجر في الانتشار وسريان العروق وصلابة الأرض وتهيّلها فكله يرجع لأرباب المعرفة وهو الصواب لأنه خلاف في شهادة.

وأما لو غرس كل واحد بإزاء جاره وتمادى الأمر بينهم قدر زمان خوف الضرر على ما تقدم فلا مقال له في القلع، ومرجع الاختلاف إلى قطع ما امتد من الفروع أو سرى من العروق، كما إذا تقدم الغرس على الجدار وعلى القول بالقطع، ففي الطرر: يجعل قصبَة ممتدة في الحد ويقطع كلّ ما جاوزها إلى حد الجار وهواء أرضه والمنصوص أن ثمرتها للغارس ولجاره الكراء، فإن أراد أن يأخذ ثمرتها أو يشارك فيه مع بقائها فلا يجوز.

وفي كتاب البنيان: في من يشتري شجرة من جنان آخر والعادة أنها تمدّ آخر فروعها كثيراً فاشترط ذلك على صاحب الجنان أين ما بلغت فهذا شرط لا يصح والبيع فاسد لأن المد مجهول لا تُدرى غايته.

قلت: دليل هذا أنه إن لم يشترط شيئاً أنها يُقصَر على ما هي عليه وقت البيع وهو هواؤها حينئذ وحيّزها. وفي هذا نظر، وكان من لوازم شرائها امتدادها. كما قالوا إذا اشترى بيتاً من دار فإن من لوازمها مدخلها ومخرجها وبيت مائها واستقاء ماء البئر أو الماجل وفناءها إلى غير ذلك.

ونزلت مسألة وهي أنّ قوماً نزلوا أرضاً بجوارها رسم لملك وقد امتدتْ أفراع زيتونة وجازت جدار هذه الأرض التي أنزلت فأراد بعض النازلين أن يُحْيُوا ذلك الجدار فعارضهم بعض تلك الفروع ووقع الحكم على أنه لا يقطعها إلاّ باختيار من سبق حوزه ذلك بالزمن الطويل وعدم إنكار صاحب الأرض المنزلة، وتقدمت هذه المسألة هل ينتقل الحكم للمشتري في ما ثبت للبائع أم لا؟ لكن هنا طال الزمان ووقع الحوز على البائع في الضرر فأحرى المشتري.

وسئل ابن رشد عن صومعة أُحدثتْ بمسجد فشكى بعض الجيران الكشف عليه هل له في ذلك مقال أم لا؟ وقد أباح أيمّتُنا لمن له شجرة في داره أن يصعد لجنائها مع الإنذار بطلوعه، وأوقات الإذن للطلوع معلومة ومدتها قصيرة، وإنما يتولاها في الغالب أهل الصلاح ومَن لا يقصد مضرة [166 ب].

فأجاب: بأنه ليستْ الصومعة كالشجرة لأن الطلوع لجنْي الثمرة نادرٌ والصعود للصومعة للأذان متكرر في كل يوم من الأيام، والرواية لأشهب بالمنع من الصعود فيها والترقي عليها منصوصة على علمك والمعنى فيها صحيح فيه أقوال، وإن كان يطلع منها على الدور في بعض نواحيها دون بعض يمنع منها من الوصول إلى الجهة التي يطلع منها بحاجزٍ بين تلك الجهة وبين غيرها من الجهات وهذا عندنا في قرطبة في كثير من صُمَعِها.

وفي أحكام ابن سهل: إذا التزم قطع ما أطل من زيتونة على جاره منها ورفع الضرر بما قطع إلاّ أن يُعْذَر بجهالة أو كان فعله لعذر فإن عذر بالجهالة وحلف بالله ما التزمت ذلك إلاّ وأنا أظن أنه يلزمني حينئذ في الزيتونة، فإن قدمت عشر سنين لم يقطع وإن كانت غير قديمة قطع الضرر عنه وحكاه عن جماعة.

ثم حكى اختلاف الروايات في قدر الزمن الذي يملك به الضرر هل هو العشر سنين كالأملاك، أو العشرين سنة، أو الزمن الطويل، أو لا يُملك، أو الأربع سنين فأكثر؟ والفرق بين ما يتزايد فلا يملك أو لا يتزايد، وقد تقدمت الإشارة إليه.

قال ابن سهل: إن قال جهلتُ لا يلزمه إن عذر بالجهالة هو أصل مختلف فيه.

فعن ابن القاسم في من تصدق على ابنه بدنانير فعمل له بها فمات وهي في يديه فأنفذها له الورثة ثم أرادوا الرجوع فيها، فالناس مختلفون، فأما أنا فأرى يحلفون إن كانوا معروفين بالجهالة إنهم ما أنفذوها له إلاّ وهم يرون أن ذلك يلزمهم ويرجعون فيها.

وفي كتاب الصدقة في نوازل سحنون في من تصدق على أخيه بنصف ماله في مرضه مرضاً ليس[1] . . . . دام به سنين ثم مات المريض فقام ورثته على المتصدق عليه وقالوا: إنها كانت في مرضه وإنما لك الثلث وسألنا الفقهاء فقالوا هذا. فرد عليهم: ما زاد على الثلث ثم علم أن الصدقة جائزة. قال لي سحنون: ومن يعلم أنك كنت جاهلاً أن جميع الصدقة لك ؟ لا أرى لك في ما دفعتَ إليهم حقاً، فقال السائل: إذا أقيمت البينة أنهم قالوا إنه لا يجوز لك إلاّ الثلث وأن الفقهاء أخبرونا بذلك؟ فقال: إن أقمتَ البينة بهذا فأرى أن ترجع عليهم بما أخذوه.

ونحوه في آخر كتاب الدعوى: في من قتل رجلاً له وليان ثم ذكرهما ثم ذكر عن أبي عبد الله بن عتاب بسنده إلى أبي عمر الإشبيلي في المسائل التي لا يُعذَر فيها الجاهل بجهله ثم ذكرها فانظرها، وقد تقدم شيء منها تركته خشية الطول.

ومن مسألة الشجرة أخذ أنه إذا صعد على السطح لإصلاح شيء منه يستأذن جيرانه حتى يستتر من يطّلع عليه من السطح.

وسئل اللخمي عن سقيفة مشتركة بين رجلين ربما جعَل فيها أهل أحد الرجلين أو جَعل البقر في السقيف أو على باب الدار أو جعل الشاة أو الدجاج في السطح فمنعه الآخر وصاحب السفلي من ذلك كله هل له ذلك أم لا؟

---

(1) بياض بمقدار ثلاث كلمات في ج، وفي أ وردت الكلمة غير مقروءة.

فأجاب: جلوس الثاني في ذلك الموضع لا يجوز لكونه كشفه عليهن عند دخول جاره لحق الله تعالى فلا يجوز التراضي به، ويمنع البقر من ذلك الموضع إلاّ أن يكون عادة فلا يمنع من كون الدجاج والشاة في السطح وليس فيه مضرة على صاحب الأسفل.

قلت: أما منع البقر من الكون عند الباب فالصواب جوازه إن كان لا يضر كالساحة إذا بقيتْ بين الأشراك في الدار ولم يكن إلاّ ذلك فيها.

قلت: في كريتها: من اكترى بيتاً وشرط أن لا يسكن معه أحد متزوج أو ابتاع رقيقاً لم يكن في سكناهم ضرر على رب البيت لم يكن له أن يمنعه، وإن كان في سكناهم ضرر فلهم منعه، وقد تكون غرفه ضعيفة الخشب ونحوه فيُنْظَر في ذلك.

وقال: من اكترى داراً فله أن يدخل[167 أ] فيها ما شاء من الدواب والأمتعة وينصب فيها الحدادين والقصّارين والأرحية ما لم يكن ضرراً على الدار وتكون داراً لا يُنصب ذلك فيها لارتفاعها ويمنع مما يتعارف الناس منْعَه.

قلت: فظاهر هذا أنه يفعل في ملكه ما شاء ما لم يؤْذِ بما يفعله البناء ولا يشهد به عرف ولا يضر، كضرر الأصوات، ولا يمنع منه إذا لم يضر بالبناء ما لم يكن عُرْفٌ فيعمل عليه. وعارضَها بعضهم بمسألة الرواحل: إذا اكترى دابة على أن يحمل عليها ما شاء إلى قوله: وكذلك الحوانيت والدور فعن بعض الأندلسيين هو اختلاف قول، وفرّق عياض بما ثبت من العادة وما لم يثبتْ، انظرها في تنبيهاته.

وسئل شيخنا أبو القاسم الغبريني ـ رحمه الله ـ عن دار بجربة اشتراها رجل فأضافها إلى زاوية بإزائها وكان بالدار المذكورة مرحاض، ثم إن أهل تلك الزاوية وكل من وردَ عليهم يتصرفّ في ذلك المرحاض، فكثرتْ فيه الأتفال لكثرة الواردين عليهم وليس لهم مندوحة عنه فأدى ذلك إلى الضرر بجيران ذلك الموضع في جُدرانِهم حتى أنهم زمن إخلاء ذلك الموضع من تلك الأتفال يفرّون من ديارهم الجمعة ونحوها لما يحدث لهم من المضرة الناشئة من ذلك

وكذلك بعض الحوانيت المجاورة لذلك الموضع فشق ذلك عليهم المشقة التامة ولم تكن هذه المضرة في ما تقدم وبقاء هذه المضرة مما يضرّ بالديار المذكورة ويبْخَسُها وقد أقيمت البيّنة على حدوث ذلك وضرره، فهل تُقطع تلك[1] المضرّة أم لا؟

فأجاب: ليس له أن يبيح مرحاض الدار الخربة لجميع الناس إذا ثبت ضرر ذلك وإذاية رائحته لهم لسرعة امتلاء المرحاض بالأثْفال الملقاة فيه والافتقار إلى إخلائه منها امتلاءً قريباً من الامتلاء وإخلاءً قريباً من الإخلاء، ولا يطول الزمان بينهما كما يطول قبل ذلك لقلّة المتصرفين في ذلك الزمان وإباحته الآن للناس. ويجب قطع ذلك إذا ثبت الضرر ـ كما قلناه ـ وأعذر إلى من يجب الإعذار إليه فلم يكن عنده فيه مدفع.

وسئل عن رجل سقط من داره حائط في دار جاره، فهل لرب الدار أن يكلف رب الحائط إزالة ما سقط من حائطه أم لا؟ وهل لرب الحائط أن يأخذ ما كان ينتفع به مما سقط في دار الغير وإن لم يكلف إزالته ويترك مالاً ينتفع به، وكيف يكون الأمر في ذلك؟

فأجاب: ذكر المتيطي في آخر كراء الأرض من وثائقه أنّ لرب التراب أخذه إن شاء وإن طلبه بإزالته ما صار في أرضه لم يلزمه ذلك. قال: وكذلك إن وقع التراب على شجر فأضرّ بها. وأما ماله ثمن وينتفع به كالحجر والخشب والآجر فعلى ربِّه رفعه من الموضع وإزالته.

وسأل حبيب سحنوناً: مَن أراد أن يطرّ حائطه من دار جاره فمنعه. قال: ليس له منعه أن يدخل جاره فيطرّ حائطه. وكذا لو قلعت الريح ثوباً من كتفيَ رجلٍ فألْقَتْه في دار رجل لم يمنعْه أن يدخل فيأخذه أو يُخرجه إليه، لكن لجاره أن يمنعه إدخال الجصّ والطين على داره ويفتح في حائطه كوة إن شاء لأخذ الخشب. ولو شاحَّهُ جاره في غلظ الطرّ وزعم أنه ينقص ضوء داره كان على صاحب الحائط أن ينْحت منه بقدر غلظ الطرّ ثم يطرُّهُ.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

وسألت شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ في خراب أحدثت فيه جوابٍ وجُعل لغسل الجلود واللّبود وأحدثت للخراب المذكور ساقية تخلط على ساقية دور الربع ويخرج معها من سور البلد إلى مستقرِّها وأذن في ذلك أرباب دور الربع إلاّ رجلاً اشترى نصيباً من دار خربة قائمة من دور الربع وأبى أن يأذن في إجْرَاء قناة الخراب المذكور فأراد من أحدث الغسالة المذكورة أن يجعل نصفها لسور المدينة المذكورة لشدة خرابه واحتياجه إلى الإصلاح وخوف الناس من غوره فهل يقبل ذلك منه ويجري الغسالة المذكورة لأن لها خراجاً كثيراً والناس في عذر من السور ولا يلتفت[167 ب] إلى إذن من اشترى النصيب المذكور لهذه الضرورة، كما قيل في جبر بائع ما يزاد في المسجد للاتساع عند الضرورة إلى ذلك، أم لا بد من طوع مشتري النصيب وإذنه؟

فأجاب: بعد الحمد لله وحده: مقتضي الحال والعادة أنه لما كان بموضع الخراب المذكور يجري مع الناس في ذلك المجرى المعيّن وتجري الغسالة المذكورة مثل مجاري الدور من فضلاتها المائعة والجامدة أو قريب منها حينئذ إن تطوع باني الغسالة بما ذكر لما ذكر أرى أن لا يمنع من ذلك والقواعد المذهبية والأصولية تقتضي ذلك، والله أعلم.

قلت: القواعد المذهبية المشار إليها ـ والله أعلم ـ هو ما أشار إليه من المسائل التي يقضى فيها على الخاصة للمصلحة العامة، وقد مرّت لها نظائر، والأصولية الإشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اجتمع ضرران ينفى الأصغر للأكبر» وهي فتوى المازري وشيخه في هذا الأصل أنه ينظر إلى تغليبه أحد الضررين على الآخر ولو كانت محدثة مع قديمة وأيضاً العادة والعرف بأن لهذه الدار مجرى ماء. والعرف في الشريعة أصل يعوّل عليه في مسائل كثيرة، وقد قيل إنه المعنيّ بقوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾[1] على أحد التفاسير في الآية، والله أعلم.

وسئل السيوري عن صاحب سفل أحدث مرحاضاً محتاجاً إليه فمنعه

---

(1) سور الأعراف، الآية: 199.

صاحب العلوي وقال: يحدث ما يضرّ بأصل الحائط من الندى وإن لا يُزال فيؤول الضرر إلى العلو.

فأجاب: لصاحب العلو أن يمنعه كلما أضرّ به[1].

وسئل أيضاً عن زَجّاج طرأ على بلد فصار يعمل الزجاج بنوى التمر وهو قوت بهائم تلك البلدة وقد ارتفع ثمن النوى لذلك مع كثرته ورخصه والحاجة إليه.

فأجاب: إذا كانت حاجة الناس إلى النوى وليس حاجتهم إلى عمل الزجاج من وقود النوى.

وسئل الصائغ عمن كان من الفقراء عنده شعير أخضر أو تين كذلك لم يجد أين ينشره إلاّ في صحن المسجد، هل يُباح له ذلك: وكذا المبيت فيه للغريب أو الحاضر بالليل والنهار للقائلة: وكذا نشر الثياب؟

فأجاب: المساجد جُعلت للصلاة وفعل الخير فلتُنَزّه المساجد عن النشر والمبيت للأضياف وغيرهم، وأخاف أن يسمح للمضطر فيتعدّى ذلك لغيره فتصير كالديار، وهذا ينظر فيه حين نزوله بحسب الحال.

قلت: تقدم الكلام فيه في الصلاة، وجواز عز الدين لمن ينقطع إليه.

ومنه ما سئل عنه اللخمي لأمر الماجل الذي بالجامع وما يرد عليه من الواردين ممن لا يتحفظ على الإناء ويضر بالمصلين في كثرة ترددهم وقلة تحفّظهم على صلاتهم. وذكر جوابه أن المواجل في الجوامع في مدن الأنهار ممنوع لما فيه من الضرر على الجامع، وأن الصواب المنع من ذلك. وتكرر السؤال أن الماجل محتاج إليه ليس هناك بالمدينة غيره وآخر لطيف والناس يشترون منه الماء النادر في الحر وطبخ القدر وغسل الثياب مما لا يتأتى إلاّ بالمطر دون الأنهار التي عندهم، والمواجل في الصحن ربما اتصلت به صفوف النساء في الجمعة ونحوها بالرجال، فاتفق قاضي الموضع مع بعض الشيوخ أن

---

(1) كامل هذه المسألة وجوابها سقطا من أ.

تبنى مقاصر للنساء في سقائف المسجد بالآجر لستر النساء، فأنكر عليه بعض الطلبة إحداث ما لم يكن في المسجد بالآجر ما لم يسأل عن ذلك. وفي الجامع صومعة في جامورها صنعة بعض من تولّى الحبس منذ أربعين سنة فهل يغير أم لا؟ وفي الجامع خزائن منها مخزن للزيت والقناديل ومنها ما هو انقاض للحبس من خشب وغيرها ومنها ما يسكنه قيّم الجامع وربما جعل فيها تنوراً للطبخ، فهل يترك أم يؤمر بهدمه؟ وكيف لو أراد الطبخ لنفسه في خزانته يمنع منه أم لا؟ وفيه دخان يضر بالناس، وهل يجوز النوم في الجامع في الليل أو القائلة أم لا؟ وكيف ترى في الإمام في الحر[168 أ] يستغل الرد فيصلي في سدة[1] قدر ثلاثة أشبار على رأسه؟ وفي الجامع بيوت خارجة للكراء فأكرى القيّم بيتاً منها لجاره فأغلق بابه المعروف وفتحه لداره، هل يسوغ أم لا؟ وهل يسوغ لأهل الصف الأول جعل أنعلتهم ما بين حصر المسجد وحائطه وهي مضروبة في الحائط فتقطع المسامير وتقطع الحصر فأراد القيم أن يجعل إخراجاً من حديد أو خشبٍ في الحائط للأنعلة، فهل يسوغ له أم لا؟[2].

فأجاب: المساجد تُرفع عن الأشياء التي تُخرجها إلى الابتذال لقوله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ﴾[3] وإذا انتهت حاجة الماجل إلى ابتذال المسجد وصرفه في غير ما حبس منع من ذلك، وإذا كان مصلى النساء ينتهي إليه الرجال ولهم حاجة أو لم تسبق النساء إليه لم يبق هناك شيء ومُنع النساء من الصلاة فيه وهم أحقّ، ولو لم يكن للرجال به حاجة ولم يضيق المسجد فبناء حاجز لسْترهن أحسن وتُزال الصورة من حيث ذكرت وتفسد صورته حتى لا يبقى منه صورة. وما فعله القيم يغيّر ولا يُترك، ويمنع من الوقيد فيه فقد قال عليه الصلاة والسلام «إنّما بُنيت المساجد للصلاة وذكر الله» أو كما قال.

واختلف الناس في نوم المسجد وأن لا يُفعل أحْسن وإن فعل فأرجو أن لا يكون عليه شيء. وفعَله علي بن أبي طالب وابن عمر.

---

(1) كذا بالأصلين.
(2) أربع جُمل سقطت من أ.
(3) سورة النور، الآية: 36.

وأما إن كان الإمام هو إمام الجامع فإحرامٌ له أحبّ إليّ، وإذا أحضر النية لله تعالى فلا يضرّهُ حَرّ، وإنما قولي إنما هو من قِبَل أنفسنا وإذا لها القلبُ ضاق من الحر وغيره، ولو استحضرنا الوقوف بين يدي الله تعالى وأنه إذا تحمل حَرّ الدنيا ليقية حرّ القيامة لم يجد لحر الدنيا ألَماً.

ولا يجوز تغيير الحبس عن الصفة التي هو عليها ويضاف ما ليس بحبُس وفيه تلبيسٌ على الحبُس بعد اليوم.

وجعل الأقْرَاقِ[1] في القبلة ليس بحسنٍ وهو قبيح، وكونها في غير ذلك الموضع وخلف المصلين يؤدي إلى شغْل بالِه ولا أحب أن أجيب فيها بشيء.

وسئل عنه الصائغ وزاد في السؤال: وربما اجتمع فضلة زيت في الجامع مُغَيّرٌ لا يمكن وَقْدُهُ فيه، فهل يُتصدّق به على الفقير لا سيما إن كان قيّم الجامع أم لا؟

فأجاب: إذا كان البناء ستراً للناس ولم يتعقّبْه على الجامع أذًى ولا على المصلين فيفعل ذلك فيجتمع جماعَة لها دِين مجتهدون في ذلك حسب الطاقة.

وما يضرّ بالجامع مما أحدثه القيّم يُمنَع وكذا سكناه إذا كان يضرّ.

وما ذكرتَهُ مِن قدْر الهريسة وغيرها وما يُكَوِّن الدخان مما يضر بالجامع والناس فهذا كَثيرٌ يمنع من إحداثه ويخرج من الجامع من يؤذيه.

وما حُبِّسَ لو قيد الجامع كيف يعطى لمن يأكله؟ وهو تغيير.

وما أصاب الثوب أو الحبس منه مما لم يتغير بنجاسة فلا يضر وما أضيف إلى الماء مما هو طاهر حتى غير طعمه أو لونه أو ريحه على خلاف فيه فلا يتوضأ به ولا ينجس ما أصاب الثوب أو الجسد منه.

وفي أحكام ابن سهل: وسئل ابن لبابة عما يتركه الناس من الزرع والحطب والبقول وغيرها في دكاكين المسجد فيوسخ به المسجد وينزل في فنائه

---

(1) الأقراق، جمع قُرق: هو نوع من النعال.

بالأغنام للجلب ويكثر زبلها فيضرّ غبارها بالمسجد.

فأجاب: الواجب أن يكشف القاضي عن ذلك بمن يثق به فإذا صح عنده ضررٌ قطَعَه عن المسجد ومنع من يُحدثه في أفنية المسجد.

وسئل أيضاً عن ميضاة كان بابها بخارج المسجد فأراد بعض الجيران ردّ الباب داخل المسجد، فهل يمكّن من ذلك أم لا؟

فأجاب: كثيراً ما كنت أمرّ بالمسجد ورأيت باب الميضاة مفتوحاً بالشارع في موضع حسن وبلغني أنها هكذا كانت في ابتداء بنائها حتى رأى بعض من كان بالمسجد رد الباب بالمسجد فبقي زماناً، فلما استقبح وجوده أهل المسجد لدخول من لا يتحفظ من الصبيان وينال من ذلك المسجد فأرادوا ردّ الباب إلى ما كان عليه [168 ب] فرده لضرٍّ للمسجد وحفظ له وصون عمن يدخله ولا يتحفظ، وكذا يجب التحفظ بالمساجد ويقطع عنها كل من يدنس قِيعانها.

وأخبرني العتبي عن سحنون أنه كتب إلى القاضي ابن زياد يشير عليه أن لا يعلم معلم في المسجد ويكره التعليم في المسجد لما كان من قلة تحفّظ الصبيان فكيف بميضاة يختلف إليها من المسجد مَن لا يتحفظ مِن النجاسات فصرْف باب الميضاة إلى الفضاء من الشوارع نظرٌ.

وفيه أيضاً: ركوب القاضي والفقهاء وخيار المسلمين والعدول إلى سد باب مسجد من أبوابه لغير نظرٍ من حاكمٍ ولا راية، وشهد قوم أنهم يعرفونه مفتوحاً خمسين سنة وأنه راحة للمسجد ولا ضرر فيه على أحد، وشهد آخرون أنه ضرر عليهم وقد عاينوه مسدوداً، وقد سُدّ بغير حاكم فأرادوا فتحه، فحينئذ يُنظر للشهادات. فشهد عبد الله بن يحيى أنه يعرف المسجد بغير هذا الباب وأنه فتح منذ خمسين سنة إلى هذه الغاية، وكذا عن محمد بن غالب وزاد: إن فتح الباب قضيته من القاضي فإذا طال الزمان قام هذا المقدّم وشهد على ما فعل، وإن رأى القاضي أن يكتب كتاباً أنه فتحه لنظر مُستعملِه من الفريقين وأنه فتحه استدفاعاً للقذى فغلقه برأي عامةٍ لا بحُكمٍ. وعن خالد بن وهب مثل ذلك وزاد: فتحه منفعة للمسجد.

وفيه من فتح باباً في مسجد فشهد بأنه يضر بالمسجد ضرراً بيّناً وأنه محدَث وشهد أخرون بأنه كان حانوتاً فالموضع الذي فتح فيه الباب يسكنه[1]. . . وخرجه للمسجد وفتْح الباب ضرر.

فأجاب: إذا شهد بذلك من يقبل فيجب إغلاقه، وإن لم يكن ضرر فكيف والقول هنا بإجماع أن الضرر الحادث على المسجد يُقطَع على كل حال وما رأينا الأبواب المتّخذة في أجواف المساجد إلاّ مصلى للناس لمن قعَدَ في المساجد لأنّها تتخذ مسلكاً، ولو كان بانيه قديماً يسمح في هذا الباب في داخل المسجد ثم اتخذه مختلفاً لقلنا له اغلقه، فكيف وهو محدَث والضرر في حقوق الناس يُتّقى ويُرَدّ فكيف في حقوق الله تعالى؟ وفي أثناء كلامه واختصر من كلامه لا بأس على القاضي أن يفتح في المسجد وأن يُغلق باباً على وجه النظر إذا ظهرت مفسدة فتحه ويدفع عند الضرر.

ولا يباح المرور على المقابر بما يضرّها كالعَجَل وشبهها وأهل الذمة أولى بالمنع في ذلك، ولو اضطر الناس إلى دخول المراكب في الوادي ونحوه وقد جعل النواتية دخول الناس دُوَلاً بينهم فيها، فربما حبس الناس الوقوف على حاجتهم في الوادي وأكثروا حتى خِيف الغرق فصار ذلك عذراً مُنِعوا من دُوَلهم وأبيح لهم الدخول في جميعها.

وفي اختصار أحكامه مسائل أنقل منها بالاختصار:

مَن اقتطع شيئاً من طرق المسلمين وبناه في داره أو جنّته هُدم عليه إذا ضاق الطريق عن المارة عليها أو إنْ لمْ تضق تُرَدُّ له، وقيل: يهدم عليه بكل حال.

قلت: وقعت بالقيروان مسألة وهي: أنه أدخل من شارع واسعٍ في المسجد من غير ضيق لكنه لا يضيق على المارة فمضى على ذلك وفعَله مَن يُقتدى به فاستمر عليه إلى الآن وهو يجري على جرْي الأحباس بعضها في بعض. وأما لو ضاق المسجد وهو غير الجامع أو الجامع فقد مضى ما فيه وفيه زيادة.

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصلين.

وفي الاختصار أيضاً: لا يُمنع من إحداث رَفٍّ على طريق ولا كنيف إذا ستره وغطّاه ولم يكن في ذلك ضرر على أحد.

ولو ادعى رجلان حائطاً بينهما كل واحد يدعيه لنفسه نظر إلى عقود طرفَيْه فيقضى للذي تداخلت عقوده في حائطه ولو أشكلَ على الناظر كان بينهما [169 أ] إلاّ أن تقوم بيّنة فيقضى بها.

ومن أحدث درجاً في حائطه يلاصق حائط جاره فأدخل فيه خشبة أو عتبة مُنع من ذلك وهدم عليه.

ويُحاز الضرر إذا لم يكن متزايداً بالقدم إذا علم به القائم ويحلف إنه لم يعلم.

والدخان مما يتزايد ضرره.

قلتُ: تقدم أنه أحد الأقوال.

ومن هدم بيتاً وادعى إذن مالكه له في ذلك ولم يثبته وجب عليه إعادته كيف كان والقيمة في ما أنقص ويحلف على الصفة، وإن أبى حُمِل السوط له.

قلت: جعله من باب العداء لا الغصب فيها.

ومنه: من أخذ دابة رجل وحمل عليها فعطبتْ فادعى أنه أعاره وأنكر رب الدابة فعليه الثمن ويغرمه القيمة.

قال: ومن بنى عرصة وادعى مجرى مائها على دار رجل لم يقبل قوله إلاّ ببينة.

وإذا كان لقوم سكة غير نافذة وفيها أبواب دورهم وأراد مشتروها غلْق ذلك الباب المحدَث لم يكن ذلك لهم، وقد قيل: ذلك لهم.

قلت: والقضاء بالأول، فلو اشترطوا على البائعين أن لهم مثل ما كان من الحق لم يجز للغَرَر في شراء ما فيه خصومة واختلاف، فلا يُدرَى بما يُحكم.

قال: ويمنع إحداث الأنْدُر على الجنان إذا وصلوا إليه ببيّنة، وكذا باب الحائط على الأندر.

ولو كان لرجل غرفة ولها باب يخرج منه إلى سقف داره ولا يكشف منه على دار جاره من باب الغرفة وطلب جاره سدّ ذلك الباب لمكان الخروج منه على السقف ويكشف منه على داره وضع له على الباب شرجب لا يقدر معه أحد على الخروج على السقف ولا يسد الباب إذا لم يطلع منه على الدار. وكذا يُفعل في كل باب وكوى لا يطلع منها إلاّ بكلفة.

ومن ادعى عليه جاره أنه أحدث عليه ضرراً في داره لم يمنعه من دخول البينة إليها إذا كان في غلق لا ينظر إليه من خارج.

ويُقطع ضرر الفرن وشبهه عمن أضرّ به إن لم يقدر على ذلك وإن لم يقدر عليه إلاّ بهدمه هدم.

ومن كان له مجرى ماء وقناة على دار رجل فادعى أحد إحداثها وادعى صاحبها القِدم نظر إليها الشهود وحكموا بدليل العيان من قدم أو حدوث.

ووجود الكوى في الدور وتهْيئتُها لجري الماء عليها وعدم وجود مخرج الماء عليها إذا اقتضت قضاء قاضٍ على الذي تنصبّ إليه مياهها بتأييد جريها عليه ولا ينفعه إنكارها ويتقدم إليه في سدها ويُنْهَى على ذلك أشد النهي.

قلت: ووقع في القيروان أنّ غسالةً انكِرتْ على مُحْدِثِها لخروج قناتها من سور البلد فسمعتُ أنه دعيت العرفاء فشهدوا بقِدَمها فُتِحتْ إلى الآن. وقد سمعت أن صاحب الغسالة لم يُحدِثْها حتى بناها خُفْية واستمرت. وكانت له جهة من الجاه والله أعلم أي ذلك كان.

قال: ولو كان لرجل ملك متوسط بين أملاك لأناسٍ شتّى واختلافه إلى ملكه على تلك الأملاك من حيث شاء فيها. ثم غرس أهل الأملاك أملاكهم وأغلقوها ولم يجد مدخلاً فلا شيء عليهم إلاّ أن يدعي على واحد منهم مدخلاً فيُحَلُّ له إلاّ أن يكون للبلد سنة فيحمل عليها ولا حجة له في السلوك إذا لم يحتج إلاّ به. وقيل: لا بل يجتمعون له على مدخل يتركونه من أرض من شاؤوا منهم ويتراضون بينهم على هبته ما كان يختلف عليه إلى ملكه بماشيته أو غير ماشيته وذلك على من كان هذا المتوسط يختلف على أرضه إلى أرض نفسه.

ورواه ابن حبيب عن أصبغ [169 ب] وبالأول قُضي.

قلت: وقضي بالثاني ونظر إلى الأقرب فحكم عليه بالطريق.

قال: ولو أن هذا المتوسط أراد أن يبني ملكه واحتاج من المنافع إلى أكثر مما يحتاج إليه قبل أن يبني معه منه لأنه يستحقّ ببنائه أكثر من حقه ولا يستحق طريقاً محدثة على رجل إذا أثبت إحداثها وإن طالت السنون.

قلت: تقدم مدة حيازتها وقدره. وفي أحكام ابن سهل في هذه المسألة طول في الكلام وجلب روايات من المدونة وغيرها وهي من حسان أحكامه فانظرها فيها.

وفي أحكام ابن حدير: في قناة تجري بالأوساخ على محجّة المسلمين وكانت تجري على قناة مدفونة تحت دور قوم بماء المطر والأوساخ وأن أهل الدور صرفوها إلى غير جريها وثبتت حيازتُها وشهد لأهل الدور أن القناة كانت تجري على دورهم بماء المطر خاصة لا يعلمون فيها وسخاً وثبت ذلك مع الحيازة أيضاً. فأفتى ابن عبد ربه بأنه لا تتم الفتيا حتى يوقف شهود الفريقين بصفة جرية القناة فيتبين الإحداث فيها. فإن كانت شهادة ماء المطر أقام قضية بها وقصت الأجران[1] عنها وأمرت بصرف جريتها إلى ما كانت عليه في القديم.

وأفتى ابن بقي بن مخلد: لا يستحق على محجّات المسلمين شيء إذ هي كأحباسهم ولو طالت ولا يلتفت إلى التواريخ. والذي أراه قطع الضرر عن المحجّة وتركب بنفسك مع مَن يحضرك من أهل العلم والعدل إلى ذلك. فلم يزل القضاة والحكّام يركبون إلى ما هو أقلّ من هذا مما تجنّب به طرق المسلمين وأحباسهم.

وعن ابن خزيمة: إن قبلت شهادة الفريقين فشهادة من يشهد منهم بما لا يعرف الآخر أتم وإن كان الآخرون أعدل فخُذْ بها.

---

(1) كذا في ج، وقد سقطت الجملة من أ.

وعن ابن مسور: شهادة من شهد بالأوساخ أتمّ، وليس من التهاتر الذي ينظر فيه إلى الأرجح عند التعارض، ولا وجه لركوب القاضي والعلماء إلاّ في ما يُشكل، وقطع الضرر عن المحجّة واجب كيف دار الأمر.

وعن ابن زرب: يجب الأمر بقطع الضرر عن المحجّة ومن شهد بجرية الأوساخ في القناة فلم يشهدوا لقوم بأعيانهم ولا دور بأعيانها فهي غير تامة حتى يشهدوا لمن هي.

وعن ابن حارث مثل ابن مخلد إلاّ في الركوب فلم يره، وقال: ينبغي أن ينظر إلى المكان الذي تستقرّ فيه أوساخ هذه القناة من المضار فإنه موضع للمسلمين فيه حق فلا يحكم باستقرار الوسخ إلاّ بأمر ظاهر قوي.

وفيها أيضاً: في قناة مجاورة تُعِين قرار العين قد تغير ماؤها، وأن الأوساخ في القناة تضرها ودعى القائم بالحسبة إلى حبسه بالصخر بين العين والقناة وزعم أنه يقطع الضرر عن العين بذلك، فأفتى جميعهم بأنه لا يحدث أحد في غير ملكه شيئاً مما ذهب إليه ويجب قطع جرية الأوساخ عن العين المذكورة بعد الإعذار إلى من أثبت عندك جرية مائه في هذه القناة.

وعن ابن زرب: إذا ثبت عندك ضرر جرية الأوساخ فالفتيا صحيحة إذا ثبت أن العين أو جزء منها للمسلمين، وأما إذا كانت لمعين فالقيام بقطع الضرر لمالكها دون غيره.

وفيها أيضاً: في عين تجري في الشتاء والصيف بماء معين فاتصل بهم السماع الناشىء من العدول وغيرهم أن من جاورها سرّبوا إليها فانقطعت وانقطع ارتفاق المسلمين بها ويعرفونها مباحة للمسلمين[**170 أ**] لشياههم ودوابهم وما فضل فيها لسقي الأجنة المتصلة بها، وما فضل يفضي إلى غدير، فهل يؤمر من يدخل في العين ممن يوثق حتى يعرف مَن سرّب إليها أولاً؟

فعن ابن خزيمة: هذا أمر عظيم تقوم به على المسلمين، والذي أرى أن تأمر كُفاة بامتحان هذه العين واستقصائها فما عرف منه من التسريب غُيّر فاعله

أشد التغيير وصرفتَ جرية الماء إلى مجراها.

وعن ابن حارث: العين أقدم من الدور لا محالة فامتحان السروب لمن يثق به واجب.

وعن ابن مسور: الشهادة تدل على أن للأجنّة في ماء العين حقاً، فإن كانت السروب في دور أصحاب الأجنة فامتحانها واجب لما للمسلمين من الانتفاع بالعين وإن كانت في غير دورهم فأهل الأجنة أحق بالقيام من المحتسب.

وفيه: وسئل ابن رشد في أهل قرية جلبوا لأنفسهم قناة فسقوا تمُرّ على جنان رجل منهم يشرب معهم ويسقي بعض جنانه ثم إنه انقطع الجنان عُرَصاً[1] للعمارة، فأراد الساكنون لتلك العُرَص حظهم من هذا الماء ومنعهم غيرهم، فهل لهم فيه حق أم لا؟

فأجاب: إن لأصحاب الدور المحدثة أن يأخذوا من الماء قدر نصيب البائع يقتسمونه بينهم على قدر عُرَصهم إن كان باع منهم على الماء، وإن وقع مسكوتاً عنه وجب لمن تمرّ القناة التي ابتاع منه من بيع أو عطية أو إرفاق لمن شاء.

وفيه أيضاً: وسئل ابن رشد عن عين أجراها الله تعالى بغير واسطة آدمي أخذ منها قوم جزءاً كثيراً وأجروه في ساقية على أرض غيرهم واقتسموا ماء تلك الساقية بين دُورهم ليشربوا منه ثم من حُفرت الساقية في أرضه بنى داراً فيها وأراد أخذ ما ينتفع به في داره، فهل لهم منعه؟

فأجاب: له أن يرتفق من الماء معهم بقدر ما لا يضرُّهم.

وفيه: في سرب ماء بالجنة من أصل عين وهو يشق في زقاق أمام داره فأراد غيره أن يحفر بجانب هذا السرب طريقاً لشربه من هذه العين فمنعه الأول وقال: ليس لك أن تُحدث بجانب طريقي شيئاً وليس له من أصل الأرض شيء

---

(1) العرصة: ساحة الدار.

إلاّ ممر شربه خاصة وهو لا يضر بالأول بوجه من الوجوه فهل للأول منع الثاني؟

فأجاب: إن كان ذلك لا يضر بالساقية ولا يجرّ إليها فساداً ولا يضر في العاقبة فلا يمنع.

وسئل ابن رشد عمن له دار ذات مطاهر[1]... فبناها وأخرج ماؤها للزقاق مما يجتمع في المطر ويشق في دار رجل فمنعه وقال: لم يجْرِ عليّ، وشهدت بينة عدلة أنه لا يخرج لهذه الدار من ماء المطر إلاّ على الزقاق المذكور ولا بد من خروجه من الدار، فزعم صاحب الدار أن هذه الدار كانت قبل هذا قليلة السُقُفِ فما اجتمع من مائها جرى في المطاهر وتنشف أرض الدار، فلما سطحت وكثُرتْ سُقفها عظم ماؤها ولا يحمله المطهر المذكور فيحتاج إلى خروجه من باب الدار ومن أين أمكنه، فهل ترى له متكلماً في هذا حتى يقيم الآخر البينة أن ماء الدار قبل هذا يخرج على بابها إلى الزقاق أو لا متكلم له لأنها أمور ضرورية ولأن الماء النازل[170 ب] إلى الدار على حد واحد ولا فرق بين مائها وعدمه ولا بد لكل بقعة من حق.

فأجاب: إذا ثبت من أرباب المعرفة أن لا خروج لهذا الماء إلاّ إلى الزقاق فلا حجة لصاحب الدار التي يمر عليها عنده لكثرته من أجل تسطيحها، لأنه إذا ثبت أن خروج الماء إلى الزقاق من حقه فليس عليه أن يقرر منه شيئاً آخر فيها، وكيف لو كانت داراً صغرى لصاحب الدار الجديدة لها سرب مرحاض يمرّ على جاره فأراد أن يعمل سرباً للدار الجديدة عليه، ويحتج أنه يمر على الجار سرب دار، وسواء كان هذا من هذه الدار الصغيرة أو الكبيرة، كما يجوز أن يسكن الكثير في الصغيرة ولا يضر كثرة التفل. واحتج عليه صاحب الدار الذي يجري عليه السرب أن فضالات الدار الكبيرة أكثر فإنه ليس له أن يُحدث عليه إلاّ ما هو معهود.

فأجاب: ليس للرجل المذكور أن يجريه عليه إلاّ برضاه.

---

(1) بياض بمقدار كلمة في ج وهي غير مقروءة في أ.

قلت: هو نحو ما تقدم لابن سهل إذا أراد أن يحدث ما يزيد في اتّساع الممر إلى أرضه من بناء ونحوه فليس له ذلك لأنه زيادة ضرر. لكن وقع في كراء الدور.

منها: من اكترى بيتاً وشرط لا يسكن معه أحد فتزوج أو ابتاع رقيقاً فإن لم يكن في سكناهم ضرر على رب البيت فليس له منعه ولو كان في سكناهم ضرر فله منعه.

ووقع أيضاً: من اكترى داراً فله أن يدخل فيها ما شاء من الدواب والأمتعة وينصب فيها الحدادين والقصّارين والأرحية ما لم يكن ضرر على الدار أو تكون داراً لا يُنصَب ذلك فيها لارتفاعها ويمنع مما يتعارف منعه انتهى. فظاهر أنه يتصرف بكل ما يحصل به منفعة المكتري وإن شرط عليه تركه إلاّ أن يُقال إن الكراء استغرق جميع منافع المكترى، لا سيما إن شهدت بذلك عادة كما ذكر في آخر كلامه. وفي هذه المسألة الدار الكبرى مظنّة كثرة الضرر في الأتفال أكثر من مضرة الدار الصغرى، لكوْن الساكن فيها وإن كثر يكون غالباً أقل من ساكني الدار الكبرى، فيكون مظنة بكثير ضرر محدَث لم يدخل عليه، فلهذا وجه من النظر.

وسئل أيضاً عمن نَبَعتْ له في دار قديمة عين وكثر ماؤها حتى أضرّ بجدارات الدار وبإزائها عرْصة فأراد أن يخرج ماؤها إليها ويجعله في سرب لصاحب الدار مع الجيران فيه حق ولا مضرة فيه على صاحب العرصة في ذلك ولا يُدْرى أين مجرى هذه الدار لموت الشيوخ في تلك الجهة.

فأجاب: أن نبعت العين لغير سبب ولم يقدر على تغيير الماء في الدار بالتغوير فمن حقه إرساله لهذه العرصة فإن كانت في جهة انصباب الماء، وليس له حفر لم يسرْب تحتها إلاّ بإذن صاحب العرصة. وإن استخرج هو العين فليس له أن يرسل الماء إلى عرصة جاره ولا يبني تحتها سرباً إلاّ بإذنه فيهما. هذا الآتي على قول مالك وأصحابه لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ضرر ولا ضرار» وقوله «كل ذي مال أحق بماله وكل ذي ملك أحقّ بملكه».

وسئل عمن له ساقية رحى تمرُّ في أرض رجل فنَبَتَ بحافتيها [171 أ] وقعرها شتم[1] كثير فهل هو لصاحب الأرض أو الساقية؟ فإن كان لصاحب الأرض فهل لصاحب الساقية أن ينقّيه لتصفو ساقيته أم لا؟ وهل يحرث صاحب الأرض حافتي الساقية أم لا؟ وإذا اجتمع كناسة هل يلقيها على حافتيها أو يأمره باطراحها؟

فأجاب: إذا لم يملك صاحب الساقية إلاّ المرور فكل ما نبت لصاحب الأرض، وإن ملك رقبة الساقية فله ما نبَتَ في قعرها وجوانبها إن شاء قطعه أو تركه. وإن تداعيا لمن الرقبة فالقول قول صاحب الرحى مع يمينه أنّ رقبة الساقية ملكه. وليس لرب الساقية طرح كناستها إلاّ على حافتي الساقية وحيث لا يضر برب الأرض على العرف في كل حريم. ولصاحب الأرض أن يحرث إلى شفير الساقية ما لم يحتج لطرح الكناسة هناك على العرف.

قلت: أصلها في قسمة المدونة: إن كان لك نهر مَمَرّهُ في أرض قوم فليس لك منعهم أن يغرسوا بحافته شجراً. فإذا كنستَ نهرك حملت على سنة البلد في طرح الكناسة فإن كان الطرح بضفّتيْه لم تطرح ذلك على شجرهم إن أصَبْتَ دونها من ضفتيه متسعاً، فإن لم يكن فبين الشجر فإن ضاق ذلك طرحت فوق شجرهم إذا كانت سنّة بلدهم طرح طين النهر على حافتيه.

فقوله: ممرُّه في أرض قوم إنه لا يملك فيه إلاّ المرور. وقوله في الجواب: إلى شفير الساقية مثل قوله فيها: لهم أن يغرسوا بحافتيه شجراً. وقيده اللخمي بعدم ضرر العروق بالشرب وهو ضرّ الماء، فإن ثبت هذا فله منعه من الغرس. وقوله فيها: طرحت فوق شجرهم يعني على أصول شجرهم، وإن لم تكن بيّنة فعلى رب النهر حمله إلى موضع يطرحه فيه.

ابن الهندي: في ثلاثة إخوة اقتسموا داراً فيها مجرى ماء لم يذكروه في حين القسم، هل يبقى المجرى على ما كان عليه أو ينقض القسم؟

---

(1) كذا وردت الكلمة بالأصلين، ولعلها اسم نبات.

فيه قولان.

ونحوه عن اللخمي: في مسألة إذا لم يذكرا رفع الطرق واختلفا إذا صار الباب حظّ أحدهما، فقال ابن القاسم: الطريق شركة على حاله يشرطا رفعه. وفي كتاب ابن حبيب عن مطرف: تنقض القسمة. تُنظَر في تبصرة اللخمي.

وسئل ابن رشد عمن له ملك واحد بإزائه نهر اشتراه جمْع ثم اقتسموه على قدر ما اشتروا، فهل يقسم الماء بينهم على قدر حصصهم إذ الملك أصله واحد أو للأعلى فالأعلى؟

فأجاب: الماء للأعلى فالأعلى إلاّ أن يقتسموا على أن لكل واحد حظه من الماء.

وسئل عمن اشترى جزءاً من الأرض بنصيبها من الماء زمناً معلوماً من الشهر فقد يعجز عن عمارة الحقل المذكور أو يتركه اختياراً أو يبنيه داراً، فهل نصيبه من الماء يتصرف فيه بالبيع والهبة وصرفه لأرض أخرى أم لا؟ وإذا كان له فهل يأخذه ماءً أو قيمته في وقته متى تيسّر؟

فأجاب: له أخذه إن كان له فيه منفعة فإن أراد أن يأخذه ويعمله في سرب أو بركة ولا يتركه لشركائه فليس له ذلك.

ابن الحاج: إذا لم تكن لصاحب السرب [171 ب] في فضل الماء منفعة فلا سبيل لأخذه وقطعه عن صاحب الجنة، قاله ابن رشد.

وفيه: إذا لم يكن على صاحب الرحى ضرر في ما أحدثه الثاني فليس للأول منعه. قاله أصبغ ومحمد.

قلت: أما انتفاعه به بكل وجه لأنه يملكه فيتصرف فيه كيف شاء إن كانت له منفعة لأنه ماء أرض ملكها. قال فيها يبدأ بزرع صاحبه أولى بفعله.

وقال: ولا بأس بشراء شرب يوم أو يومين من عين أو بئر دون الأصل أو شراء أصل شرب يوم أو يومين من كل شهر ولا شفعة في ذلك إلى غير ذلك من التصرف في الماء.

وأما قوله: فليس له أن يجعله في بركة، يريد إذا لم يكن فيها من نفع له من خزنتها لوقت حاجة أو بيع مائها وليس إلاّ محض ضرر فليس له ذلك، إما لأن أصل الماء لذلك كالرعي والحطب ونحوه وغير ذلك، فإذا لم يكن فيه منتفع فغيره أولى، وإما لأنه مضار بغير منفعة له. وقد قال ابن القاسم في العتبية: إذا مات المكتري في الطريق فلم يجدْ وليه كراء فأراد أن يطرح في شقه حجارة فليس له ذلك وهو مضار إلاّ أن يكون له في تلك الحجارة نفع يريد وضررها مثل ضرر الركوب فأقل.

وسئل أيضاً عمن لهم عين مقسومة دُوَلاً معلومة وهي مأمونة يتسلّف بعضهم من بعض سقي ليلة أو يوم وغير ذلك من معلوم السلف ويعطيه بعد أيام معلومة، هل يجوز أم لا؟ وكيف لو لم يكن للمتسلف فيها حق وجرتْ عادتهم بكرائه، هل يجوز له السلف أم لا؟ فإذا جاز وتعذّر وقت الأخذ، هل يرجع عليه بقيمة الماء المسلف أو الذي حضر وقت قضائه؟

فأجاب: يجوز السلف عن رده في يوم دولته أو أقل أو أكثر حالاً إلاّ أن يسلفه في زمن عدم الحاجة ويعطيه في زمن حاجة السقي مثل سلف الشتاء على قضائه في الصيف فهو سلف جرَّ منفعة، وسلف حال جائز ويعطيه متى طلبه في أول دولة ثانية في الفصل المسلف فيه. وتسلّفه لمن لا شيء له في العين جائز حالاً ومؤجلاً وليشتري به ذلك وقت الطلب إلاّ أن يكون السلف في الشتاء ويرده في الصيف فلا يجوز. ولو لم يكن للمستلف ماء ولا وجده وقت حله فعليه قيمة الماء يوم السلف. وقيل: السلف على الحول جائز وله طلبه متى شاء ولو أسلفه في الشتاء فله طلبه في الصيف، وهو قول أصبغ والأول الصحيح الآتي على قول ابن القاسم.

قلت: تقدمت هذه المسألة قبل هذا. وأخذ شيخنا في المسألة المتقدمة من شراء شرب يوم أو يومين عدم جواز السلف لأنه يرجع إلى سلف الأصول، وعلى جواز السلم في القواديس، وخالفه شيخنا المفتي الشيخ أبو القاسم الغبريني وأجاز ذلك، ثم بعد ذلك رجع شيخنا إليه وأجازه في مثل قواديس

قفصة كالسلم في ثمر قرية بعينها مأمونة. وقد مرت هذه أيضاً.

وسئل ابن رشد أيضاً عمن حفر بئراً في أرضه يسقي بها وعمّر جيرانه أيضاً في أرضهم ولهم ماء في أرضهم لا يكفيهم فطلبوا منه فضلة ماء بئره فأعطاهم [172 أ] ذلك زماناً طويلاً مُعِيراً لهم ثم إنهم أبْرَمُوه وكره أفعالهم وأفعال أولادهم حتى منع ماءهم، هل له متكلم في عمارتهم المدة الطويلة أم لا؟ وكيف لو كان بقربها بئر الناس وترقّب ولا خطب لها الآن[1] فقالوا له: إنك استفرغت ماءها وهو حق لنا وللناس، هل لهم مقال أم لا؟

جوابها: لا يستحق الجيران فضل ماء جارهم بما ذكرتَ، وإن طال ذلك فلهم المنع ولو احتاج الناس لماء البئر التي للعامة وثبت أن الرجل استفرغ ماءها وصَيّره لنفسه نظر بهدم بئره حتى يرجع الماء لبئر الناس.

قلت: تقدم أصل هذه المسألة في كتاب السداد. وأظنها في سماع يحيى في مسألة حجرة أبيح ماؤها للناس زماناً. وتقدمت مسألة الطرق إذا أبيحت زماناً في الأملاك ثم قاموا وأرادوا قطعها وما فيها.

وأما قوله: إذا استفرغ ماء بئر العامة قضي بهدم بئره لأنه من حق العامة والقائم به إما محتسب أو القاضي لأنه من حقوق المسلمين. وظاهره أنه لا يهدم إلاّ ما استفرغ ماؤها، وفي المدونة: إذا أضر بها ظاهره ولو لم يستفرغ، والأول مذهب العتبية. وعن ابن كنانة له الحفر وإن أضرّ بجاره. وعن أشهب: إن لم يجد مندوحة فعَلَ وإن وجَد بدلالة الضرر بجاره فهي أربعة أقوال جعلها ابن رشد في سماع القرينيْن من كتاب السداد.

وسأله عياض عن أصحاب جنات خاصموا صاحب رحى وزعموا أنها أضرت بهم في سقيهم، فقال صاحب الأرحاء: الأرحاء سبقت جناتكم وحازتها، فأقام أصحاب الجنات بيّنة أنهم لم يزالوا يسقون بها جناتهم قديماً قبل الأرحاء وبعدها، فطلب صاحب الأرحاء النظر في هذه الشهادة فأوقف الماء

(1) كذا وردت الجملة بالأصلين.

عن الأرحاء والجنات وصُرفِ إلى مجرى آخر حتى يقيم صاحب الأرحاء البينة، فما ترى إذا انقضى أمر سقي الجنات فأراد صاحب الأرحاء إطلاق الماء في زمن استغناء الجنات عن السقي حتى يثبت الإعذار؟ وهل توجب له هذه الحجة العقلة حتى يحتاج إلى الماء أو لا؟ أو لا تتمّ العقلة حتى يتم الخصام؟ إذ المتنازَع فيه لا يبقى بيد الخصم حتى يتم الخصام.

فأجاب: أصحاب الجنات أحق حتى يتم السقي فيرسلون حينئذ لأصحاب الأرحاء وإن كان إنشاء الجنات بعد الأرحاء. هذا الذي أراه في هذه المسألة على معنى قوله عليه الصلاة والسلام في سيل مهزور «وقضى أن يمسك الأعلى حتى يبلغ إلى الكعبين ثم يرسله إلى الأسفل» فلما لم يخصّ الأعلى بجميع الماء دون الأسفل أبداً لم يكن لأصحاب الأرحاء اختصاص بجميع الماء أبداً دون أصحاب الجنات وإن كانوا فوقهم أو سبقوهم فلا يحتاج على هذا إلى توقيف للإعذار وأجري إذا أعذر في الشهود فلم يبق إلاّ واحد وادعوا شهوداً آخرين فأراد صاحب الأرحاء حل العقلة على مذهب من لا يوجبها بالشاهد الواحد حتى يقيم بينة أخرى، هل يمكّن من ذلك إذا ثبتت العقلة بشاهدين لم تنحلّ [172 ب] بالشاهد الواحد إذ الأصل بشاهدين.

جوابي على الأول يأتي على هذا.

أخرى: وكيف إذا ثبت أن قاضياً حكم بقطع جري هذا الماء من الطريق لضرره بالمارة وأن فلاناً أحدث جريها وقضى بذلك على فلان المحدث ولم يَجْرِ ذكر للقائمين ولا لمن باع منهم إذ أكثرهم اشترى بعد تاريخ الحكم ولا إعذار؟ فقال القائمون[1]: لا يتم الحكم في القطع إذ لم يقع فيه إعذار للقائمين ولا لمن باع منهم. وقال صاحب الأرحاء: لو كان للبائعين أو للقائمين أو غيرهم ممن لم يذكر ممن له حق لذَكَرَهُم القاضي حين أمر بقطعه، وفي الحكم أن المحكوم عليه أحدث جري الماء وأن البائعين منكم لم يعترضوا هذا الحكم. وكيف لو صلحت الطريق حتى لا يضرّ فيها المارة بخلاف ما كانت عليه أو

(1) جملتان سقطتا من أ.

عنصر منها بعد الحكم ما يكون حكمه؟

فأجاب: إذا ثبت حكم القاضي بقطع جري الماء في الطريق ببيّنة عادلة لا مدفع فيها بطل حق أصحاب الجنات في السقي إلاّ أن يقدروا على قطع ضرر الطريق[1] بتحصين مجراه على وجه يعلم قطع ضرره أو يثبتوا أنه ليس بضرر على الطريق ببينة أعدل من الأولى أو تجريح شهود العقد الذين حكم بهم الحاكم، فهم حينئذ أحق بالماء لجناتهم من الحاجة وما تفجّر من الماء.

وبعد الحكم بالقطع يعاد السؤال عليه أجرى منها، وقد طلب أصحاب الأرحاء وثائق الأشرية فوجدوا في بعضها السقي من موضع آخر هل يقطع هذا حقه من هذا أو يطلبه بقوله في الوثيقة لجميع حقوقها فمنه السقي من هذا الموضع وخصه بقول النص على غيره بمنعهم وفي بعض العقود حقوقها ومرافقها ولم يوجد فيها شيء[2] فهل يسقط منابه في السقي حتى يثبت معيّناً؟

قلت: لا حجة على أصحاب الجنات في ما يوجد في وثائقهم على ما مرّ في المسألة الأولى ولا يلزمهم إخراجها، إذ لا يوجب حكماً.

أخرى: طالب صاحب الأرحاء أخذ نسخ أصحاب الجنات هل يمكّن من ذلك أو لا يمكّن إلاّ في الفصول التي له فيها المقال كفصول بعض السقي أو ذكره أو السكوت عنه خاصة لعدم إرادة إطلاعه على جميع نسخهم أو كونها بيده بغير فائدة؟ وكيف لو طلب أصحاب الجنات أخذ نسخة الحكم بقطع الماء بنفعهم فيها، هل لهم ذلك أم لا؟

جوابها: لا يلزم أصحاب الجنات إعطاء نسخهم ولا شيء من فصولها إذ لا حجة عليهم في شيء، وإنّما هي حجة لبعضهم على بعض. ولهم أخذ نسخة قطع الماء لقيامهم بما عليهم.

أخرى: إذا منعوا سقي الماء بالحكم الماضي ثم إنهم يسقون في بعض

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

(2) وردت الجملتان مضطربتين في أ.

الأرحاء منذ إنشاء الأرحاء أو نحوها، وكانت المياه الأخرى تقوم بجناتهم ثم إنها انقطعت أو غارت أو نقصت، وجناتهم إن لم تَحْيَ بهذا الماء هلكت وربما أنفق في الأرحاء مال كثير، فهل هذا عذر أو الإنفاق حجة؟ وكيف لو أثبت أنهم كانوا يسقون أحياناً إذا احتاجوا معه أو قبله، وأجابهم أصحاب الأرحاء أن هذا كان بغير حق وخوفاً بحق، فلما ثبت الحق قطع السقي؟

جوابها: أصحاب الجنات أحقّ بالسقي ولو كانت الأرحاء أقدم لما تقدم [173 أ] في المسألة الأولى. وأيضاً فإن الثمرة تهلك إن لم تُسْقَ في الوقت المعتاد والأرحاء لا تهلك بل تنقطع منفعتها وقتاً ما.

أخرى: إذا تم الحكم بقطع الماء عن الطريق لضرره وأن فلاناً أحدثه وقطع عليه فبعد أربعين سنة قام أصحاب الجنات وأثبتوا أن لهم حقاً في هذا الماء الذي قطع عن الطريق وأنهم كانوا يسقون به قبل الحكم بقطعه وبعده عن الطريق إلى الآن، وادّعوا الدفع في شهود القطع والإحداث الذي حكم به الحاكم إذ لم يُعذَر إلى أحد من أصحاب الجنات سوى من حكم عليه وقد بقيت عليه أرحاء بعد صرفه عن الطريق إلى مجرى آخر، فنازعهم صاحبها في ما أثبتوه وطلب المدفع في أصحاب الجنات، فهل يوقف الماء حتى ينفصل الحكم أم لا؟

فأجاب: لا يجوز الحكم بما أثبته أصحاب الجنات من أنهم لم يزالوا يسقون إلى وقت كذا، ولا سبيل إلى السقي حتى يثبت عدم الضرر عن الطريق ببينة أعدل من بيّنة القطع أو يجرحوا شهودها أو يحصنّوا مجراه عن الطريق حسب ما مرّ. فحينئذ هم أحق به ولا يوقف الماء في مدة الخصام كالمدعى فيه إذ ليس بملك حقيقي، وهو غيث ساقه الله إليهم ولا يوقف الماء عنهم بل يجري من بعضهم لبعض على حسب ما أثبتوه بينهم.

أخرى: وكيف إذا تعارضت شهادة الحكم بالقطع وشهادة القِدَم أيهما أعمل؟ وهل يغلب هذا أحد الضررين؟ إذ قد تيبس الثمار لفقد الماء الذي كان يسقيها وهو أضرّ مِن تضرُّر المارة بالطريق لأجل الماء؟ وهل ثبت هذا؟ ولو لم

يثبت حق في الماء المتنازع فيه لأحد لثبوت إيجاب السقي وعدم الماء الذي كانوا يسقون به من قبل؟

فأجاب: شهادة الحاكم بقطع الماء هي المعمول بها دون شهادة من شهد بأنهم يسقون قبل الحكم بالقطع وبعده إنّما كان قبل القطع، فالقطع يقضي عليه وبعد القطع لا يبطل الحكم. وليس هذا عندي من باب تغليب أخفّ الضررين لما يتعلق من الحق لأصحاب الأرحاء.

أخرى: وكيف إن كان ما كان ما يسقي به الأعلون ثم الأسفلون فأحدث الأعلون مَبَاقل تمنع الأسفلين استيفاء حقهم فأرادوا منعهم الماء بما يسقون به أشجارهم، هل لهم ذلك أم لا؟ وكيف لو أراد أحد من الأعلين أن يصرف ما يجب له من الماء لمباقله ويترك[1] ما يجب له من سقي شجره بغير ماء، أو أحدث غرساً لم يكن أو قَدُمتْ أشجاره وأراد زوالها وتعويضها وسقيها بذلك الماء قبل الأسفلين فهل له ذلك أم لا؟

فأجاب: لا يقدّم الأعلون على الأسفلين إلاّ بسقي الشجر ليس إلاّ، وما أحدثوه من الخضر لا يبدؤون بسقيه إلاّ أن يفضل عن الأسفلين شيء من الماء فلا يضرّهم تبدية الأعلين عليهم في سقي الفضلة لخضرهم، ولا حجة للأسفلين في ما يأخذونه بقدر [173 ب] سقْي ثمارهم أو يسقون به خضرهم ويتركون ثمارهم. وأما إحداث الأعلى غرساً بعد إحداث الأسفل فقيل هو أحق على ظاهر الحديث، وهو قول أصبغ. وقيل: الأسفل أحق إلاّ أن يكون في الماء فضل يقوم بالأسفل، وهو رواية أصبغ عن ابن القاسم. والقياس أن لا يدخل هذا الخلاف في إنشاء الجنات بعد الأرحاء فوق أو بالعكس، بل أصحاب الجنات أولى حتى يستغنوا في زمن السقي قولاً واحداً. وأما جعل غرس مكان غرس دثر فلا حجة للأسفلين فيه، قولاً واحداً.

أخرى: وكيف إن سقي الأعلون وأرسلوا للأسفلين[2] فغُيِّب بطن الوادي

(1) ثلاث جمل سقطت من أ.

(2) جملتان سقطتا من أ.

في رواب ٍ وغيرها ثم يظهر فيسقي به الأسفلون بالسانية، فأراد الأعلون أخذ ذلك ليسقوا به إذا لم يصل ذلك للأسفلين على وضعه أو لا ينتفعون بطائل وقال الأسفلون: هو حقنا كيف ما توصلنا إليه.

فأجاب: الأسفلون أحق بما يرسله الأعلون وسواء وصل إليهم تحت الأرض أو فوقها.

أخرى: في أصحاب جنات وأرحاء على ماء هؤلاء يسقون وهؤلاء يطحنون ثم تشاجروا واصطلحوا على أن يكون شهوراً معلومة لأصحاب الجنات ليس لأصحاب الأرحاء فيه حق ولأصحاب الأرحاء كذلك لا يدخل عليهم أصحاب الجنات إن لم يحدث قحط يُحْوِج أصحاب الجنات إلى غير تلك الشهور فيريدون أخذه ويزعمون الصلح على ما جرت به العادة لا ما آل إلى الضرورة، هل لهم حق أم لا؟ وكيف حكم من لم ينعقد عليه الصلح ولم يحضر فلما حضر احتج عليه أصحاب الأرحاء بما جرت به عادتهم مع أهل الصلح فهل هو رضًى منه بالصلح؟ وكيف لو شهد لهم أنها إن لم تسق في هذه الضرورات هلكت؟

فأجاب: إن كان الماء غير متملّك فأصحاب الجنات أحقّ من الأرحاء حتى يسبقوا لما ثبت من القضاء في سقي مهزور وما ثبت في الصلح ما هو إلاّ على جري العادة من نفْي الضرر ويحلفون على ذلك إن الصلح إنّما هو ما لم ينتفعوا من سقي العادة، ومن نكل منهم لزمه الصلح المشهود به ومن لم يحضر الصلح فهو على حقه في السقي بغير يمين.

أخرى: في من له عين بأرضه نصب عليها رحى وطحن عليها مدة فأحدث صهره في جنة تجاوره عيناً بينهما أزيد من خمسين ذراعاً عرضاً فأنقص ماء العين الأولى وعطلت رحاها وتشكّى مِن فعْل صهره إلاّ أنه لم يقم عليه حتى نصب الآخر رحى طحنت نحو الستة أعوام وهو حاضر غير منكر إلاّ أنه لم يخاصم وقام الآن، هل يقطع دعواه حضوره في هذه المدة وتركه يبني لا سيما أنه لم يخاصمه على ما روي عن ابن القاسم وما في كتاب ابن سحنون: إذا شكا ولم يخاصم على ما في علمك؟

فأجاب: الذي أراه أن يحلف صاحب العين الأولى في مقطع الحق أنه ما رضي بإسقاط حقه في ما أضرّ به صهره من إنقاص عينه ولا سكت طول المدة إلاّ على القيام بحقه متى شاء [174 أ] فإن حلف ردمت العين الثانية إن قال أهل البصر إنها اخترقت ماء العين الأولى وإنه أضر بها ضرراً ولا يشكّون فيه.

أخرى: في ساقية مبنية قديمة البناء في أرض رجل تمرّ إلى جنات وأرحاء تحته فأراد صاحب الأرض أن يحوّلها إلى أعلى لينصب عليها رحى ثم ترجع إلى مجراها الأصلي لما تحتها فمنعه الأسفلون من ذلك، هل له ذلك أم لا؟ وقد علمت ما لأصحابنا من الخلاف في ذلك وأردتُ رأيك فيها، وهل ما أشار إليه اللّخمي من نقل صاحب الأرض الساقية أو الذي له حق فيها إلى مجرى أقرب واستقرائه الخلاف من ذلك، هل هو منصوص في كل مسألة أم لا؟

فأجاب: ليس لصاحب الأرض نقل الساقية المبنية القديمة إلاّ بإذن ذوي الحقوق إن لم يكن ضرر، وهو نص ابن الماجشون في الواضحة وعيسى في العتبية ولا خلاف في ما أعلمه. وإنّما الخلاف في ساقية أجراها الله بغير عمل فأراد صاحب الأرض تحويلها ولا ضرر على مَن تمرّ إليه فذلك له عند ابن الماجشون وعيسى في العتبية، وليس ذلك له عند مطرف وأصبغ. وكذا من تمرّ إليه إذا أراد تحويلها إلى موضع أقرب من الأول لأنّ عمر قضى به لابن عوف ولم ير مالك العمل عليه ورأى ابن نافع وعيسى العمل عليه والخلاف منصوص في المسألتين جميعاً.

وكذا النص في مسألة الذي يريد أن يمر في أرض رجل بمائه لأرضه، وقضى به عمر للصحابي علي بن سلمة والخلاف عن مالك. والمشهور المعلوم من مذهبه ومذهب أصحابه أن العمل ليس على قضاء عمر في ثلاث مسائل، فأنفذها قضية عمر لأنه تصرف في مال الغير بلا رضاه لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يحل مال امرىء مسلم إلاّ عن طيب نفس منه». ويليها الذي يريد تحويل مائه من موضع إلى آخر يقرب من أرض جاره لأنه تصرف في ملك الغير. ويليها الذي يريد أن ينقل ماء غيره من موضع إلى آخر من موضعه من غير ضرر،

والأقرب جوازه إن لم يدخل ضرراً على رب الماء. فمن منع في هذه فأحرى أن يمنع في الأوليين. ومن قضى به في مسألة عمر فأحرى أن يجيزه في المسألتين الأخيرتيْن.

ويتحصل على هذا في المسائل الثلاث أربعة أقوال: القضاء بالرفق في الجميع وعدمه، والقضاء بالرفق في الأخيرة فقط وهو أظهر الأقوال. الرابع القضاء بالرفق في ما سوى مسألة عمر، وهو قول ابن نافع ويحيى.

ابن الحاج: في رجل له أرض ملاصقة الوادي الكبير فأراد أن يتخذ مركباً ويعْبر عليه الناس للجهة الأخرى فمنعه السلطان وقال: الوادي ملكي، هل له كلام أم لا؟

فأجاب: سنّة الله في الأنهار التي أجراها بالطريقة المسلوكة المتقادمة فلا يُمنَع أحدٌ من الارتفاق بذلك عامٌ لجميع المسلمين وليس للسلطان [174 ب] منْعُه أن يعبر الناس من العدوة الأخرى إن كانت الضفتان أو إحداهما ملكاً له واستشار مالك الضفة الأخرى[1]. واحتجاج السلطان بأن الوادي له فلا. وما ذكرناه مذهب أهل العلم منصوص لهم.

قلت: انظر لو كانت ضفّة الوادي ليست لأحد والصواب أن الوادي وما حواليه من مرافق المسلمين العامة فلا مقال فيها للسلطان. وانظر لو كان حوالي البلد معدن ملح كالسباخ الآن بتونس هل تجري على مسألة الوادي؟ إن كانت بسبب من آدمي فيمنع ويكون ملكها للذي أحياها، وإن كانت بقرب العمران فبإذن الإمام وإن كانت بعيدة من العمران فبغير إذن[2] على المشهور فيها. وإن كان الله أجرها فيه بغير واسطة فلا مقال للأمير مثل مرافق البلاد من مُحْتطبهم ومَحشّهم وصيد الحوت من الغُدُر والبِرَك والبحر والبحائر وهذا هو الظاهر.

وسمعت عن شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ فيها شيئاً غير هذا والله أعلم بصحته في النقل والدليل الذي قاس المسألة عليه.

(1) جملة سقطت من أ.

(2) جملة سقطت من أ.

ابن الحاج: في رجل بجوار أرضه وادٍ ثم انقطع وييس وبقي مدة فقام صاحب المواريث يريد أخذه هل له ذلك أم لأهل ضفتَيْه؟ وما الحكم في الولائج اللاصقة له؟

فأجاب ابن حمدين: الموضع الذي زال عنه الوادي للذين يلونه من جهته ولا يكون مواتاً، إلاّ قَوْلة رويت عن سحنون: إنه من موات المسلمين، والقضاء والفتوى على خلافها، وبمثله أفتى ابن الحاج.

قلت: وقعتْ مسألة من هذا المعنى بأرض القيروان وهو أن جبَلاً فيه فدادين عدّة لأناس شتّى انقطع من أعلاه ومال طرفه الأسفل في واد فصار موضع الفدّان الأعلى فراغاً وانتقلت الفدادين، فما كان يلي ضفة الوادي صار بسمت في الوادي [1] . . . في موضع الضفة السفلي إلخ. فأفتى شيخنا الفقيه مرة أنّ واحداً يأخذ أرضه وهذا الذي يأتي على ما أفتى به هذان الشيخان. ومرة قال: صاحب الأعلى جائحة نزلت به، وأما سواه يأخذ كل ما حاذى سمت أرضه. والذي جاء[2] أنه في الوادي كالموات ويأخذ ما قابل سَمْت أرضه وما جاء في الوادي كالموات. هكذا نقلتُ عنه في ظني من حفظي.

وهذا يأتي على ما ذكر هنا عن سحنون ولعله يجري على الخلاف في من ملك ظاهر الأرض هل يملك باطنها أم لا؟ وحكي أنه يؤخذ من حديث «من ملك شبراً من الأرض بغير حقه طوّقه الله من سبع أرضين». قال الخطابي: فيه من الفقه أنّ مَن ملك ظاهر الأرض ملك ما تحتها وأنه ليس لأحد أن يحدث تحت أرض غيره مسْرباً كما ليس له أن يشرع جناناً أو ظلّة في هواء داره وإن كان لا يتضرر به. وقوله «من سبع أرضين» فيه تأويلان أحدهما أنه يُجعل في عنقه كالطوق، والثاني أن يكون من التكليف أن يكلف حملها يوم القيامة.

وفي بعض طرق الأحاديث «من أخذ أرضاً بغير حقها كلّف أن يحمل تربتها إلى المحشر». وفي طريق آخر (أيمّا رجل ظلم شبراً من الأرض كلفه الله

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصلين.

(2) ثلاث جمل سقطت من أ.

أن يحفر حتى يبلغ سبع أرضين ثم يطوقه إلى يوم القيامة حتى يقضي الله بين الناس) وأخذ بعض الناس منه أن الأرضين [175 أ] سبع. ونقله المازري عن بعض شيوخه: أنّ في الأخذ نظراً لأن المسألة علمية فلا يكتفي فيها بخبر الآحاد.

وأجاب شيخنا الإمام: إن هذا في المسائل العلمية التي ترجع إلى علم التوحيد من معرفة الذات والصفات، وهذه المسألة مما لا ترجع إلى هذا فيُكتَفى فيها بخبر الآحاد.

واختلف المفسرون في قوله عزّ وجلّ ﴿وَمِنَ ٱلْأَرْضِ مِثْلَهُنَّ﴾(1) هل في الكيفية أو العدد؟ وهو مُحال على كتب التفسير.

وحكى ابن الحاج في حديث عين تبوك قوله عليه الصلاة والسلام «من جاءها فلا يمسّنّ من مائها شيئاً حتى آتي». قال الباجي: يؤخذ منه على أن للإمام أن يمنع من الأمور العامة كالماء والكلإ وغير ذلك من المنافع المشترك فيها لما يراه من المصلحة في ذلك. وقد حكر عمر البقيع.

قلت: إلى نحو هذا كان شيخنا الفقيه ينحو، وكان الجواب عن هذا أن ما فعله عليه الصلاة والسلام وهو المقتدى به وما فعله عمر إنّما كان لوجه ظاهر مصلحته وعوده إلى عموم الناس لعل مسألة يظهر فيها من الصلاح مثل ما وقع في هذه، بل لا يقع مثل هذا أبداً لكونها معجزة ومصلحة دائمة إلى يوم القيامة. وما فعله عمر لمصلحة إبل الصدقة والجهاد مصلحة عامة أيضاً ولا يلحق بهما من بعدهما في هذا إلى يوم القيامة.

ابن الحاج: حديث لا حمى إلاّ في ثلاثة ملد البئر وطول الفرس وحلقة القوم. فملد البئر هو أن يحفر بئراً في غير ملكه فيكون له ما حوالي البئر من الأرض الملك وهو قدر ما يخرج من ترابها ويضعه فيه فلا يمكله عليه أحد. وأما طول الفرس فهو أن يربط الرجل من العسكر فرسه فله من ذلك الموضع مستدار فرسه في طوله لا يمنع منه ويحميه من الناس. وأما حلقة القوم فلا يجلس أحد في وسطها، ومنه الحديث «الجالس وسط الحلقة ملعون».

---

(1) سورة الطلاق، الآية: 12.

قلت: في المدونة ليس في ذلك تحريم معلوم بل بحسب صلابة الأرض ومن تهيّلها وهو انسماحها كالأرض الرملة أو الحجر ونحو ذلك.

وعن ابن نافع: في البئر العادية وهي القديمة خمسون ذراعاً، وأما ابتداء حفرة فخمسة وعشرون ذراعاً وكذا في الحديث. وعن أبي مصعب فعكس هذا التفسير، قال: وفي بئر الزرع خمسمائة ذراع وعن ابن المسيب ثلاثمائة ذراع. وحريم الأنهار ألف ذراع ومعناه أن هذا كله من جميع نواحيها لمن اختطها في الموات يزرع عليها أو يغرس ولا يضيّق عليه في ذلك أحد فهو أحق بذلك القدر من غيره. وأما الأملاك فليس فيها إلاّ ما يضر به في استفراغ مائه أو نقصه على ما تقدم.

ابن الحاج: في قوم لهم ساقية يسقون بها أرضهم وهي مقسومة عليهم كل أحدٍ له فيها حقّ معلوم لا يتعداه، بهذه الحالة عرفوها هم وآباؤهم، فاتصل أحدهم بخدمة السلطان[175 ب] فعمد إلى الساقية فصرف بعضها إلى حمّام أحدثه لم يكن قبل هذا ونصب رحًى تحت الساقية المذكورة وفتح الساقية إليها ولم تكن الساقية قبل ذلك تصل إلى هذا الموضع وغيّر شَكْل الساقية وكان كل واحد قبل ذلك يأخذ من الساقية ما يكفيه. ولم يعلم السلطان بما أحدثه هذا الرجل على بني عمه أشراكه في الساقية،فهل يجوز له فعل ما فعل أم لا؟ وأشراكه غير راضين بفعله.

فأجاب ابن رشد: إن لم يكن لصاحب الحمام في الماء حق وإنّما كان يجري على أرضه إلى غيره فليس له أن يأخذ منه شيئاً إلاّ برضى أربابه إذا كان أصله ملكاً لهم.

قلت: في هذا الجواب نظر لأن فرض السؤال أنّ له في الماء حقاً. وجوابه إن لم يُحدث في الساقية شيئاً إلاّ صرف نصيبه من الماء لحمّامه من غير ضرر يلحق غيره فعل حسبما مرّ، وأمّا تغييره شكل الساقية وردّها إلى موضع حتى تصب إليها رحى فقد تقدم لابن رشد أنه لا يجوز.

وسئل ابن أبي الدنيا عن ساقية رائغة غير نافذة لقوم مخصوصين من حبس

ومعينين فيستقى لهم حتى ينتهى إلى آخرهم ثم ترجع فتسقي حتى ينتهي الماء إلى النهر الأعظم فعمد رجل فعدّى الساقية إلى أرضه ونفذها وغرس عليها فقام عليه بعض المعنيين فقال: ليس لك ذلك، فهل له منعه أو يمنعه من جهة الحبس أو من له حظ في النهر الأعظم الذي يسقي عامة البلد وأراد منعه من ذلك؟ أو ليس لجميعهم منعه؟

فأجاب: ليس لأحد أن يبني هذه الساقية إلاّ بإذن أربابها ومن له حق في النهر الأعظم، ولا حكم للحيازة عليهم ولا يعدّ السكوت رضى إلا بالنص على التسويغ ممن له حق.

وأجاب ابن شعيب: إذا كانت الساقية مملوكة العين فليس لأحد التصرّف فيها في عين ولا منفعة إلاّ بإذن أربابها، وهو متفق عليه. فمن غرس وسقى فعليه كراء ما انتفع من إمرار الماء في الساقية ويسدّ عليه المجرى ولا يمنع من الغرس لاحتمال بقائه بعلاً أو اشترى الماء أو اكتراه ممن له الحق، وهذا إن تعيّن صاحب الحق، فإن لم يتعيّن كالحبس فيتعذّر الانتفاع بها إلاّ أن يتعذّر الانتفاع بأرض الحبس ويرى من له النظر اكتراء ذلك إما مساقاة أو مشاهرة ولا يتوقع من ذلك مفسدة لامتداد الأيدي لمن لا طالب له فحينئذ يباح له اكتراء ذلك. ولا حيازة على امتلاك الساقية إذ لا شبهة تدل على ذلك ولا يدل السكوت على الرضى والعمارة تكون إلى مدة ومطلقة، انتهى هذا الجواب، وفيه تقصير.

وسئل السيوري عن دار تجتمع فيها ثلاثة أنهار ولواحد من أهل المياه جنة في أوله وأخرى في آخره فأراد أن يأخذ في جنته الأولى من أحد تلك المياه الثلاثة قدر ما يصيبه من الأنهار الثلاثة في وقته وقدره واحتج بأنه لا حرج على أحد من أصحاب تلك المياه إذ له حق فله أن يأخذه مجموعاً أو مفرّقاً في آخر الماء أو أوله ولا يصير لغيره إلاّ مجتمعاً كما كان ولم تجر عادة بهذا له ولا لغيره. واحتج أيضاً بأنه لم يكن [176 أ] لغيره جنة تحتمل ذلك مثل جنته، فهل له ذلك أم لا؟

فأجاب: يُسئل عن ذلك أهل الثقة المأمونون فإن كان لا ضرر على أحد في أخذ حقه على هذه الصفة بكل وجه من الوجوه فله أخذه كذلك، وبالله التوفيق.

وسئل السيوري عن نهر خارج مدينة تُسقى منه الغابة وتنقسم سواقي بعضها في روائغ يجتمع فيها النساء في بعض الأوقات مع الرجال أو مع الأحداث بسبب الطهر أو الوضوء والاستنجاء أو لغسل ثياب وينكشف جميع جسم من يكون هنالك أو بعضه من النساء، وعلى كل حال فالنساء منكشفات فيه، فهل تُسَدّ هذه الرائغة بالبناء من فوق الماء؟ لتحصيل المأمن من هذه المفسدة من اجتماع الرجال بالنساء في محل الخلوة ويتوصلون إلى ما يحتاج إليه الساقية من الغابة المتصلة به وليس بسدٍّ للمحجّ ولا مضرة فيه إلاّ البناء الذي على الساقية وسد مثل هذا، فيرتكب أخف الضررين لعظم هذه المفسدة، وفي بقية السؤال طول.

فأجاب: يسد بالبناء ويمنع من الكشفة المذكورة فهو أمر كبير لا يترك على حال.

وفي أحكام السوق: كتَبَ بعض قضاة ابن طالب إليه في حمام ابن الزمرد ضاق أهل المرسى منه ورأوا فيه منكراً عظيماً. فكتب إليه: أحضر المتقبّل للحمام ومُرْه أن لا يُدخل إلاّ مريضة أو نفساء ولا يدخل من الرجال إلاّ بمئزر، فإن ركب النهي بعد هذا فاعقِلْ الحمام وأدخل المتقبّل السجن.

قال يحيى: ويعاقَب من يدخل الحمام بغير مئزر عقوبة موجعة وتطرح شهادته حتى تُعرف توبته.

ولم يُجبْ عن مسألة هل على الناظر للمسلمين الهجم عليهن وإخراجهن وأدبهن إذا علمن بالنهي، هل يفعل ذلك بهن أم لا؟ وتقدم أنه لا يجوز دخول الحمام النساء إلاّ لمرضٍ أو نفاس، ويتقدم في ذلك إلى أصحاب الحمامات فإن فعل أحد منهم بعد التقدم إليه فعليه الأدب بقدر ما يرى الإمام من غلق عليهم أو سجن ونحو ذلك.

قال: ولا يجوز اجتماع النساء للبكاء بالصراخ العالي أو النوح. والنهي فيه قائم سواء ذلك عند الموت أو بعده وقبل الدفن أو بعده بقرب أو ببعد. وأما بكاء ليس فيه نوح ولا صراخ فلا ينهى عنه ولا للاجتماع له. وهو عندي ما روي عن عمر حين قيل له في أمر خالد بن الوليد إن هنا نسوة اجتمعن للبكاء على خالد، فقال: دعهن يرقن من دموعهن على أبي سليمان.

فإن اجتمع النساء للبكاء ولطم الخدود والنياحة والصراخ بغير نياحة عند موته أو بعده قريباً أو بعيداً فليأمرهن برفق ولين أول مرة فإن عدن فلينهَهُنّ ويغلظ عليهن، فإن ركبن نَهْيه فليهجم عليهن بالضرب أو الطبع عليهن وخلع أبوابهن ويعاقبهن ولا يسمح لهن أن يعلنّ ما لا يحلّ لهن.

قلت: تقدم ما لابن عبد البر في البكاء عند الموت بالصوت والصياح لقوله عليه الصلاة والسلام «دعهن يبكين فإذا وجب فلا يسكتن باكية» ومن معنى هذا ما يفعله النساء من التزغريت عند حمل جنازة الصالح أو به فرج يكون، فإنه من معنى رفع النساء الصوت. وأحفظ للشيخ أبي علي القروي أنه بدعة يجب النهي عنها وتقدم هذا في الجنائز.

وسئل [176 ب] ابن أبي زيد عن واد تجري فيه عيون غير مملوكة من جبال بعيدة ويجري فيه من ماء السماء وعلى ضفتيه ساكنون ورفعوا فيه سواقي إلى أرضهم فإذا كثر الماء في الشتاء استغنى أهل كل ساقية بما بلغها من الماء وربما فضل عنهم ويقل الماء في الصيف ويتشاحّ أهل السواقي ويبنون بسواقيهم سدداً، فإذا سد أهل العليا لم يتركوا لمن تحتهم شيئاً من الماء فيضرّ ذلك بهم وتجفّ أشجارهم فيطلبون الماء فيزعم الأعلون أنهم أحق بالماء حتى يستغنوا عنه أو يحكم بينهم بما روي في سيل مهزور من نبينا. فإن قلتَ: الأعلون أولى حتى تُروى أرضهم، أرأيت إن يسدوا ساقيتهم، وردوا فيها جميع ما في ذلك الوادي من الماء؟ كيف الحكم أيضاً بين أهل تلك الساقية أترى أعلاهم أولى من الأسفل حتى يرووا أرضهم؟ وهم الذين سدوا تلك الساقية[1] أو آباؤهم أو

---

(1) جملتان سقطتا من ج.

السقي بينهم بالدُّوَل؟ فمن كان له فيها دولة ساق الماء إلى حيث يشاء وحيث كان له أرض. ولو قلتَ: الساقية بينهم على قدر حقوقهم متداولون شربها فإذا سقى أولهم وأخذ الآخرون بعده متداولين لهذا يوم ولهذا يوم ولا يعمهم السقي حتى تعطش أرض الساقين بها، فهل يأخذها الأولون دون الأسفلين؟ أو للأسفلين حجة أن الأولين قد رَويتْ أرضهم فلا بد أن نسقي كما سقيتم. فإن استحق الأعلون ذلك أبداً حتى يفضل فإذا لم يفضل فهل يرسل للأسفلين ماء شرب سقائهم ومواشيهم دون سقي أرضهم؟ وإذا كان ماء هذه الساقية دائماً فهل أرضها مأمونة يصح شرط النقد فيها أم لا؟ ويقلبها قبل إبان الزراعة؟ وكيف لو شرط عليهم كنس الساقية وسدّ السدود بما تعظم فيه المؤنة أو لا تكون مأمونة إلاّ التي تسقى بالعيون ولا يسدها السيل وربما أفسد السيل سد هذه السواقي فلا يقدر على عملها إلاّ العدد الكثير والعامة.

فأجاب: إن كان أصل هذا الوادي متأتياً من عيون مملوكة الأصل فما جرى من هذا الماء فهو بينهم بقدر ما يملكون من العيون ثم لكل واحد حبس نصيبه من الماء يصنع فيه ما شاء ويصرفه إلى أرض أخرى غير التي تحتها. وإن كانوا لا يملكون أصل هذه العيون فمن جرت إليه هذه العيون فانتفع بها فلهم منافعها على ما تقدم من سبقهم إليها، وإن كان من شأنهم تقديم الأول فالأول فإذا بلغ من ذلك إلى ريّ أرضه صرفه إلى من يليه فالأمر يبقى على ذلك. فليس في هذا جاء الحديث من الإمساك إلى الكعبين وإنّما ذلك في ماء المطر وكذا في ماء العيون التي لا تملك ولا ترتب فيها إحياء ولا حيازة لأمر جائز لقوم دون قوم. وأمّا من ترتبت له فيها حيازة فالأمر فيها على ما ذكرنا. وكل من وصل إليه من هذا الماء ما عادته أن يصنع به ما شاء إذا كان إلى ذلك محتاجاً ولو جرت عادتهم أن يسقى الأول ثم يصرف الماء إلى من تحته فيسقى أرضه ثم كذلك الذي يليه إلى آخرهم أو يغمرهم الماء قبل تمامهم وكذلك ينقل، فإن أحدث أحدهم أو من تحته [177 أ] يغرم آخرون شراء أرض لضيق أرضهم أو ملكها بأي وجه كان فأراد صرف فضل الماء إليها، فإن كان ذلك يُنقص مَن تحته مِن عادتهم منع منه ويبقى على عادته الأولى أو ما يقرر لها لا يضر على من بعده

ضرراً بيّناً ويصير هذا الماء الذي له بنقص ولا يملكون أصله كموات أحيَوْه فيبقى بأيديهم على حسب عوائدهم من إحيائه، ويصير ما استقر عليه كل واحد منهم من المرفق به كمن ملكه بهذا الإحياء فليس لغيرهم أن يفعل ما ينقصه عن ذلك ولا ما يضر بمن تحته حتى ينقص ما اعتاده منه في أيام الصيف وفي أيام الشتاء. فإن جاء من الماء كفاية كل منهم فهو له. وليس لأحدهم أن يحدث حدثاً في أرض يستأنف ملكها فينتقص بسقيها عوائد من تحته مع هذا الذي فوقهم. وكذا إن قل الماء في الصيف فإن الماء يبلغ به الأول فالأول حسب عادته التي جروا عليها من الماء الذي أحيوه.

وأما إن كان هذا الماء من السماء أو كثره ماء السماء وليس فيه من العيون إلاّ القليل فيسلك به مسلك ماء السماء من إمساك الأعلى إلى الكعبين ثم يرسله إلى من بعده حتى ينقص الماء. ومن أراد من الأولين أن يحبس جميع الماء ويصرفه إلى أرض أخرى استحدث ملكها تتصل بأرضه القديمة حتى يخرج بهذا الماء الذي هو ماء المطر من عوائد مجاريه الأولى وينقصه من مصارفه القديمة فليس له ذلك وليس على ما جرت به العوائد من مصارفه أو ما يقارب ذلك ويشبهه.

وإن كان هذا الوادي يجري بماء المطر وليس الوادي مملوكاً لأحد وعلى جنبي هذا الوادي أرض لقوم يصرفون إليها من هذا ساقية تسقي أرضهم وللآخرين من الجانب الآخر مثلها فأعلاهما أولى بالتبدية، وإن تساويا في المحاذاة قسم ذلك بينهما في مصارفه سواء في الأرضين وإن كان بعض هذه محاذياً وبعض الأخرى قد اتّحد في الزيادة إلى أسفل الأرض بدىء بما يحاذي من الأرضين ليسيل الماء إليهما معاً ثم يصرف إلى بقية الأرض الأخرى الخارجة إلى أسفل في المحاذاة وكل من وقع في أرضه من جميع من ذكر.

فأما ماء المطر فله حبس جميعه وليس عليه إصرافه إلى من تحته ليصنع به ما شاء من حبسه أو بيعه أو هبته إلى من تحته إن شاء، فإن صرفه إلى من تحته لم يكن على من صرف إليه أن يصرفه إلى من تحته وليصنع به ما شاء. وإنّما يسلك بماء المطر الجاري من الجبال ومن غيرها لما لا يملك من الأرضين ما

ذكرنا من إمساك الأول إلى الكعبين في ما يمكن ذلك فيه ويتراخى جريه.

فأما ما لا يُضبط من السيل العرم فلا يقدر فيه على هذا ويبلغ ذلك حيث بلغ وينفع الله به من شاء. وإن لم يكن سيلاً كثيراً أو أمكَنَ فيه ترتيب السقي بالإمساك إلى الكعبين فليعمل فيه على ذلك. فإن فاض بعضه على قوم وخرج عن مجراه فهم أحقّ بما فاض إليهم. قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَقَدْ صَرَّفْنَٰهُ بَيْنَهُمْ﴾[1] وهو الماء. فمن أجراه الله إليهم فهم أحق به وما استقام في جريانه صنع به ما ذكرنا من الإمساك إلى الكعبين ثم يصرفه [177 ب] إلى من تحته واحداً فواحداً إلى آخره.

وأما قولك: إن سدّ الأعلون مساقيهم وردوا فيها جميع ما في هذا الوادي هل لهم حق في ذلك أم ليس ذلك لهم؟ فإنا نقول: إن كان أصل الماء الذي في الوادي من عيون غير مملوكة وسبق هؤلاء إلى ما فيها وأخرجوه إلى ساقية حفروها ليسقوا بها أرضهم خاصة فإن فعلوا ذلك ولم يكن تحتهم أحد ممن أحْيَى أرضاً أو ملكها يجري فيها من فضل هذا الماء شيء ينتفعون به فذلك لهؤلاء الذين أحيوا هذا الماء واستأثروا به. وإن كان تحتهم أراضٍ مملوكة جرى لأهلها نفع بفضل هذا الماء فليس ذلك لهم، وليأخذ الأولون منه إلى الكعبين ويرسلون ما فضل لمن تحتهم. وإن لم يكن تحتهم أحد أحْيى أرضاً أو ملكها جرت له عادة في النفع بفضل هذا الماء فالذين حازوه لساقيتهم وسبقوا إليه أولى به. ثم إن استحدث من تحتهم بعد ذلك أرضاً مواتاً أحياها أو ملكها لم تجر له عادة في فضل هذا الماء فلا شيء لهم على الأولين.

قلت: فإذا صار الأولون أحق ولكل واحد منهم أرض تتصل بهذه الساقية وكلهم تعاونوا على حفرها كيف يكون هذا الماء بينهم وقد حفروه عن مجراه المستقيم إلى هذه الساقية التي تنصرف فيها إلى أرض أخرى من غير الأرض التي كانت تلقاها لو كان مستقيماً. فالذي عندي في هذا أن يكون ذلك الماء إن صرفوه إلى ساقية هي في أرض أحدهم ليتواسوا فيه فينبغي أن يسقي فيه الأول

(1) سورة الفرقان، الآية: 50.

فالأول من أهل هذه الساقية التي احتفروها وصرفوا الماء إليها، ويمسك الأعلى منهم إلى الكعبين ثم يرسل إلى من تحته حتى ينقضي الماء ويكون حكمه حكم ماء السماء. وإن صرفوه إلى ساقية هي في أرض موات لا يملكها أحد منهم إلاّ أنهم تعاونوا في حفر هذه الساقية وصيروا فيها الماء ويملكونه ويسقون أراضيهم التي هي حينئذ في ملكهم، فقد صاروا عندي في هذا الماء شركاء سواء وكأنه موات أحيوه كلهم يتناوبونه بينهم فهم فيه شركاء يتداولون قسمته بينهم إلى آخرهم، ولهم أو لآخرهم سقيا حبسه عمن تحته ممن لم يشاركهم في إحياء هذا الماء ويصير كالماء المملوك، فليس أحدهم أحق به من الآخر يتداولونه بينهم حتى ينقضي آخرهم، ولا حجة على الآخر منهم أنّ من يسقي به أولاً في تداولهم قد عطش قبل رد الماء إليه في دولته إلاّ أن يصطلحوا على أمر جائز بينهم.

وقلت: أرأيت هذه الساقية التي رد إليها الماء إن كان الأول فالأول منهم أحق إلى الكعبين وكان لا يصل الماء إلى آخرهم ويسقون فلا يُسقى في قلة الماء في الصيف، هل يؤمر الأولون أن يصرفوا إلى هؤلاء الأسفلين الذين لا يصل الماء إليهم في قلته ليسقي أرضهم؟

فالجواب عن هذا: أنه إن كان في هذا ما يضر بهم في عطش أرضهم فليس ذلك عليهم في مواشيهم وليوفروهم شرب شفافهم إذا خافوا عليهم.

وأمّا [178 أ] قولك في هذه الساقية: إن كان فيها الماء دائماً في الشتاء والصيف هل تكون أرضها كالأرض المأمونة التي يجوز فيها نقد الكراء وغيره مما ذكرت؟

فجوابه: إن كان ماؤها في ري تلك الأرض مأموناً في الأغلب من الأمور فهي كالأرض المأمونة في كل ما ذكرت. فإذا كان الماء من ماء السماء وجرى إلى قوم فسقوا جناتهم وانتفعوا به زماناً ثم أراد مَن فوقه أن يصرف ذلك الماء إلى جنان أحدثه فليس ذلك له.

ونحوه لسحنون قال في جنانين في زقاق من أزقة المدينة واحد أعلى

وآخر أسفل فيأتي المطر فيجتمع ماء من الأزقة، قال: الأعلى أحق بالماء حتى يمسك إلى الكعبين، ويرسل إلى الجنان الأسفل كفى ذلك أو لم يكفه، وإن كانا مْتَحاذيَيْن يريد ومتقاربيْن في الكبر قسم الماء بينهما، وإن كان الأسفل مقابلاً لبعض الأعلى فيعطي الأول ما خرج عن الأسفل ما ينتهي إلى الكعبين ويقسم الباقي بينهما، وإن كان بعض الأجنة أقدم من بعض فالقديم أحق بالماء.

قلت: تقدم أن الأصل في هذا حديث الزبير والأنصاري في سراج الحوة[1] وأن بالمدينة واديين أحدهما يسمى مهزور والآخر مذينب وجنات الناس تحتها وجنان الزبير تلي الماء والآخر تحته.

وقوله: حتى يبلغ الجذر وهو أصل الشجر. واختلف هل ذلك في سطح الجنان أو في ساقيته؟ والأول أظهر لأن الشجر في الجنان لا في الساقية، وعلى القول إنه في الساقية فهو محمول على جذر الرجل وهو الكعبان.

ابن سحنون: واختلف إذا بلغ الجذر على الأول أو الثاني، هل يرسل الماء كله أو ما زاد أو على الجذر. ولأصحابنا فيه قولان واحد لمالك وغيره من الفقهاء بهذا الحديث وعليه العمل والقضاء. وعن الطبري: هذا الحديث قضية في عين فلا يقاس عليها، لأنه عليه الصلاة والسلام رأي الجنان وعلم ما يقوم به فهي على هذا خلاف في حال على قدر الأرض وصعوبتها وسهولتها فتشرب الأرض الأولى ما يقوم بها وما فضل أرسله لجاره، ومال اللخمي إليه.

ابن سحنون: هذا في جنان يلي الوادي والثاني تحته ولو كان أحدهما في ضفة الوادي والآخر على الضفة الثانية فحكم هذا أن السابق بإحداث الجنان أولى فيكون ملك الماء بالإحداث فيكون أحق به حتى يستغني عنه وأخذ المازري من هذا أنه إذا بُدىءَ بالإحداث في جنان تحت الماء وبينه وبين الماء فاصل فجاء آخر فنزل فيه أن الأول أحق بالماء لكونه غرس على أصل الماء فقد حازه بإحيائه قبل. وفي ما ذكرناه كفاية.

---

(1) كذا بالأصلين.

وسئل أبو محمد أيضاً عن أشراب وكوى وبينهما وطاء وهو مملوك لناس شتى فإذا أتى المطر انصبّ من هذه الكوى المملوكة [178 ب] إلى هذا الوطاء وهو مملوك أيضاً فكبُر وصار وادياً بماء المطر، فأراد بعض مَن له في هذه الوطاء ملك أن يحرث في الوطاء ويحبس الماء ويرده إلى أرضٍ له أخرى، هل له ذلك أم لا؟ ويمنعه من شاركه في الوطاء، وهل لمن انصرف إليه حبْسه عمن هو أسفل منه من سائر الناس؟

فأجاب: إذا وقع المطر في هذه الأشراف والكوى والوطاء وهو مملوك لناس شتى فكثُر الماء في هذا الوطاء وصار وادياً، فإن قدر من ملك هذا في الوطاء أن يصرف كل واحد من مائه بقدر ملكه من هذا الوطاء فذلك لهم، لكل واحد منهم مصرفه إلى أرض له أخرى ومنعه من الناس ممن تحتهم إن شاؤوا، وإن كان إنّما يقدر على إصرافه إلى أرض بعضهم وبعضهم لا يقدر على ذلك فلم يقدر على إصرافه منهم إلى أرضه أن يصرف[1] ما قدر عليه من ذلك حتى يبقى في الوطاء من الماء ما ينتقص منه أضر بالوطاء في نفع أهله في سقيه، فليس له أن ينقص ذلك منه ويبقى ذلك الماء في ذلك الوطاء حياة له ينتفع به كل من له منهم في ذلك الوطاء ملك.

وسئل ابن أبي الدنيا عن حمام له ساقية قديمة يجري فيها ماؤه فتضرّر به بعض الجيران وقامت له الشهادة أنّ الأمهات القديمة خربت وسقط الانتفاع بها فحُكِم بردم الساقية المذكورة وقطع ضررها فأراد مالك الحمام إصلاح الساقية المذكورة والانتفاع بها على ما كان له من قبل، فهل له ذلك أو قيام الشهادة بما ذكر ووقوع الحكم مانع له من إصلاحها ومسقط لحقه؟

فأجاب: لصاحب الحمام أن يصلح الساقية ويُجري فيها الحمام على ما كان في القديم، والحكم بردْمها وأن لا ينتفع بها من له فيها حق باطل لا يصح، لأن من شرط الحكم الإعذار للمحكوم عليه ورضاه بإسقاط حقه. وهذا لا يتصور في هذا أن يتفق جميع أهل البلد على ذلك، وإن أمكن اتفاقهم ففيهم

---

(1) جملة سقطت من ج.

جائز الأمر والسفيه ومَن لا يعتبر رضاه فلا يصح الحكم عليه فتعميم الحكم خطأ لا يصح.

قلت: هذا واضح إن كانت رسوم الساقية باقيةً وإنّما وقع دَمَارُها فخلا الموضع وجلا أهله كما هو في القيروان بعد خرابها وعمران أقلها. وأما لو فرضنا أنها غيرت آثارها وضرب بقسائم في وسطها بحيطان حتى علم بالعيان أنها قد انتقل عنها إلى غيرها أو إلى آبارٍ، كما هو الآن في بعض أزقة القيروان، فالصواب إمضاء الحكم بما وقع لأن هذه الأمارات دليل على انتقالها إلى ما هي عليه الآن. وما ذكره من وجوب الإعذار لا ينهض لاحتمال أن يكون قطعها مما أجمع عليه أهل المعرفة والبصر فيكون من باب المنافع التي يقضي بها على الخاصة ولا يفتقر إلى إعذار فيها، إما لأن من حكم بشهادته يكون من الوجيهين عند القاضي فلا إعذار [179 أ] فيهم في الأكثر، أو بلغ الشهود مبلغ التواطؤ أو رأى أنه ضرر عام فيقطع. وإذا وقع بنقلها فهو ناسخ لما سبق مثل البينة الناقلة حسب ما قررناه من الأسئلة عن شيخنا الإمام، وأظن أنه في أحكام الشعبي. وتقدم لابن رشد في من طمس الباب ووهب الدار ونحو ذلك.

وسئل ابن زيتون عن ساقية محبّسة لها أو يخرج منها ما يبقى من الماء بعد النزع، وجرت العادة بأن أهل موضع السقي يفتحون الأمّ مهما احتيج إلى فتحها ويطرحون ما يجتمع فيها من تفال. فأتى رجل دباغ فأحدث بقرب ذلك داراً أحدثها للدبغ، فهل يصح ذلك ويجوز أن يؤذن له في ذلك أم لا؟

فأجاب: هذا اكتراء مجهول لا يصح ولا يجوز الإذن فيه.

قلت: مثله ما سمعته في دور الدبغ بداخل سور القيروان أنه مهما وقعت المادة من السور التي تخرج منها الساقية أن أرباب الدور يبنونها، وهذا كراء مجهول إن كان بناؤهم يزيد على قدر ما يتضرر به من قصر الساقية وإن كان قدر ما يفسد يبنونه فهو حكم شرعي وإن لم يشترط لأنهم سبب الهدم لقناتهم.

وفي العتبية: في خليج لرجل يجري تحت جدار لرجل آخر مجرى السيل فيه فهدّه، فقال صاحب الحائط لصاحب الخليج: ابْنِ لي حائطي، فقال الآخر:

لا أبنيه، فقال مالك: أرأيتَ لو أراد صاحب الحائط أن يسقي أكان يدعُه؟ قال: لا، قال: فأنا أرى أن يقضى ببنائه على صاحب الخليج الذي أفسد حائط الرجل. ابن رشد: لأن صاحب الخليج ساق الماء إليه فأشبه سائق الدابة في وجوب ضمان ما وطئت. فإذا كان رب الحائط يسقي به سقط الضمان لأنه ساق الماء معه فلم يتعَدّ على صاحب الحائط. ثم تكلم على حكم البناء هل هو من باب القضاء بالمثل؟ فينظر في كتاب السداد منه.

وسئل: ابن زيتون أيضاً عن مسجد قديم الموضع تخرَّب ما حوله من الديار فأحدثتْ بجوار المسجد دورٌ للدبغ واستمرت على ذلك مدة من الزمان ثم قطع ذلك الدبغ من الموضع ونقل إلى خارج البلد. فأراد الآن بعض أرباب الدور إعادتها للدبغ فأنكر عليه من أراد الاحتساب في حق المسجد لما ينالهم من نتن وتغيير ما يجري من مائه وما يخالطه من نجاسة مع ما تقدم من بناء المسجد وحدوث ما ذكر حدوثه.

فأجاب: ليس لهم إعادة الدور للدبغ ولا شيء منها إذا كان ريح الدبغ ونتنه يؤذي أهل المسجد. وتقدم أن النهي عن دخول المسجد لآكل الثوم يدل أن الروائح المنتنة من الضرر.

وعكسه ما سئل عنه الزواوي: في قوم لهم دور دبغ داخل [179 ب] مدينة القيروان قديمة فعمد بعض العمّال وبنى لهم خارج البلد دوراً للدبغ وأخرجهم من مواضعهم إليها كرهاً. فبعد نحو ثلاثين سنة درستْ تلك الدور ودخلوا المدينة فرجع بعضهم إلى موضعه للدبغ، فهل له ذلك أم لا؟ وقد أخرج وسكن تلك المدة على صفة ما تقدم.

فأجاب: إن ثبت ما قالوا فليس لأحد منعهم.

وفي النوادر: في زنقة غير نافذة فيها أبواب وظهْر دار رجل إليها ولا باب له وكنيف في الزنقة قديم الحفر لزيق داره يخرج إليها منها قناة وهو معطل لم يخرج إليه شيء منذ زمان. فأراد رب الكنيف إجراء العذرة فيه فمنعه أهل الزنقة فليس لهم منعه إلاّ أن يدّعوا الكنيف فيكشف عما ادّعوه وإلاّ فالكنيف لهذه

الرسوم التي تدل عليه، وكذا لو باع فأراد ذلك المشتري.

وعن أشهب: إذا كان لرجل باب من داره في دار رجل وأراد أن يمرّ من ذلك الباب فمنعه رب الدار، فإن عُرف مروره منه ولم يطل قطعهم للمرور منه فله المرور فيه، وإن كان أمر الباب لم يزل مجهولاً أو معروفاً ثم انقطع ممرّهُ منه دهراً لا يدرون لِمَ انقطع وصاحب الباب مدّع للطريق فعليه البيّنة وإلاّ حلف رب الدار ما يعلم فيها حقاً لهذا. فإذا أقام بيّنة أنه كان يمرّ فيها من هذا الباب فيستحق بذلك المرور، وإن لم يشهدوا له أن الطريق له ثابتٌ إلاّ أن يكون قد مضى لممره دهر حتى حِيزَ عليه.

وسئل بعض الفقهاء عمن حصلت له جنة بالإرث من أمه وبالشراء من أبيه في مرضه الذي توفي فيه وفي الجنة ساقية يجري عليها الماء إلى جنة رجل آخر في يوم من أيام الجمعة فتطرّق الرجل في يوم مع خدامه جريان الماء في الساقية المذكورة، فقال له صاحب الجنة: ليس لك الدخول إلى جنتي ولا جواز عليها، فقال رب الساقية: عندي رسم بذلك، فأخرج رسماً فيه شهادة لها أمد بعيد مقتضاه «نزلنا عن أمر القاضي فلان لاختبار الجنة التي يجري عليها الماء لجنة فلان فظهر لنا أن له التطرّق في يوم جريان الماء في الساقية المذكورة إلى جنته». فهل قول الشهود «ظهر لنا» يملك الحقوق لمجرد الظهور أم لا تكون شهادتهم عاملة إلاّ بعد استنادها للعلم؟

فأجاب: إذا ثبت ممرّ الماء بوجه صحيح فلصاحب الماء اتّباع مائه وإصلاح مجراه إذا احتاج إلى ذلك من غير مضرّة لحق صاحب الجنة زيادة على الحاجة وليس له غير ذلك من تطرق من يخدم ولا لغير ذلك. وأما شهادة الشاهد فلا يحل له أن يشهد إلاّ باليقين الذي لا يدخله ريب، وليس له أن يشهد بغالب الظن وظاهره.

قلت: ما ذكره أن الشاهد لا يشهد إلاّ بما يتيقّن فواضح ولم يزد على هذا إلاّ الشهادة بالفهم. وفيه خلاف هل يعمل بها وتشهد كسائر[**180** أ] الشهادات ويؤديها فهماً كما تحمل ويعمل بها أو لا يعمل بها؟ وأما شهادة العرفاء ونحوهم

فإنّما يشهدون بما يظهر لهم دليله عرفاً، فلا يعبرون عنه إلاّ بقولهم «ظهر لنا من دليل الحال كذا» لا سيما إذا قلنا إنه من باب الخبر ويجزي فيه واحد فهو كشاهد العرف وكشاهد العقد والخط وغير ذلك، ولا يعرف ذلك إلاّ بالظاهر، فالصواب إعماله.

وفي الكافي لابن عبد البر: إذا كان للرجل ممر طريق في أرض جاره إلى مائه فأراد صاحب الأرض أن يحول تلك الطريق إلى موضع آخر من تلك الأرض ويغرس موضع الطريق فليس له ذلك إلاّ بإذن الذي له الممرّ سواء كان عليه في ذلك ضرر أو لم يكن، إلاّ أن يكون بين الممرين نحو الذراعين مما لا مضرّة فيه على المارّ إلى مائه، فلا يمنع صاحب الأرض من ذلك ولا يأثم فيه إن شاء الله. رواه ابن عبد الحكم عن مالك. ولو أراد صاحب الأرض أن يغرس أرضه ويحجر عليه ويحول للممر باباً يدخل عليه إلى مائه فليس له ذلك إلاّ بإذن صاحب الممر.

قلت: هذا نحو ما مرّ لابن رشد غير أنه زاد هنا: أن ما قارب الطريق مثله فيحتمل الوفاق والخلاف، وزاد التحجير لا يمكن فيحتمل الخلاف أيضاً والوفاق.

وعن مطرف: إذا كان النهر تحت طريق عظمى من طريق المسلمين التي يسلك عليها العامة يحفرها حتى يقطعها فإن السلطان يجبر أهل تلك الأرض التي حولها على بيع ما يوسع به الطريق منها على ما أحبّوا أو كرهوا.

قلت: فإن لم ينظر السلطان فيها فهل على الناس حرج في مرورهم على أرض الناس حتى يخرجوا إلى طريق المسلمين؟ قال: نعم أراهم في حرج لا يسلكون فيها إلاّ بإذنهم. نقله في الطرر من مختصر الثمانية.

قلت: فعلى هذا لا يجوز اليوم إذا كثرت الأمطار وتعذرت الطرق أن يسلك في أملاك الناس كما يفعل في الطريق التي بقرطاجنة إلاّ بإذن أربابها لا سيما إذا كان فيها زرع. وتقدم لعز الدين: أنه لا يجوز المرور في أملاك الناس[1] إلاّ أن

(1) ثلاث جمل سقطت من ج.

تشهد العادة بسماح أربابها. وتقدم الكلام في قوله أيضاً في المدونة: وإذا حلف أن لا يدخل داراً فهُدمتْ حتى صارت طريقاً هل يدل على الإباحة أم لا؟ وإنّما معناه أن الناس فعلوا ذلك.

وفي الطرر أيضاً: من أراد أن يطرّ حائطه من دار جاره فله ذلك وقيل ليس له ذلك لأن الطرّ[1]. . . . في هواء جاره إلاّ أن[2]. . . . من طره ما يوقع عليه ومن أراد أن يعلق بيتاً في داره على أرْجُلٍ من حائط جاره فله ذلك[3] إن لم يضرّ بجاره وليس له أن يمنعه أن يسمر خشبة في جداره إذا لم يضرّ به، وليس له أن يضرب وتداً في جداره ولا أن يضم إليه ما يضرّ به كالزبل والتبن والحطب وكلما إذا نزل الماء ضرب فيه.

قال: ومن كان له حائط في دار رجل فله الدخول إليه لافتقاده والنظر فيه لأنه حق له عليه، كمن له شجرة في دار رجل أو أرضه، ويُحكم له بذلك عليه إن أراد منعه ويتردد عند ذلك. وكذا من أراد أن يُصْلح سقوف داره أو يبني فيها شيئاً مما يطلع فيه على جاره.

ومن أراد أن يطرّ في داخل داره ولجواره حائط فيها فمنعه من ذلك لم يكن له ذلك لأن له فيه نفعاً ولا مضرة على جاره لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ضرر ولا ضرار».

وقد تقدم شيء من هذا من أحكام ابن سهل.

وفيه عن سحنون: ما ينبت في التخم أو الجسر الصغير بين الأرضين من الزرع فهو بينهما كانت الزريعة واحدة أو مختلفة لأن الأرض بينهما جميعاً. قال غيره: وكذا الشجرة تكون فيه، فإن غرس أحدهما فيه شجرة كان له نصفها بنصف أرضه ونصف قيمتها مقلوعة فإن مالت على شريكه كان له على شريكه نصف قيمتها منبتاً. قال غيره: وهذا يدل من قوله على أنّ التخم بينهما.

---

(1) الجملة الأخيرة سقطت من أ، وفي آخرها بياض بمقدار كلمة.
(2) كلمة غير مقروءة في ج.
(3) جملتان سقطتا من أ.

قلت: قوله في الرزع إن كان متحداً واضح، وأما المختلف فالصواب أن لكل واحد ما أنبتت زريعته لأنه لم تقم بينهما شركة وليس كأرض بين رجلين حرث كل واحد منهما جهته فلا شركة بينهما فيها.

وقد مرَّ للشعبي أنّ من باع جناناً وفيه شجرة قد شقّت على تخم فوق الجنان لأرض كذلك فقال صاحب الأرض: التخم لي فاقطع الشجرة عني، وصاحب الجنان يقول: التخم لجناني ولا بيّنة لواحد منهما والجنان قديم، لمن التخم وهل يقطع الشجرة؟

فأجاب: يترك الأمر على حاله ويرتفق كل واحد بما كان يرتفق به.

وتقدم أيضاً لأبي بكر بن عبد الرحمن: من كانت له نخلة في أرض رجل فنبت تحتها سِلَّةٌ لمن تكون هل لصاحب النخلة أو الأرض؟

وفيه من المجموعة: من له أرض مرتفعة والآخر تحته أرض منصبة فيأتي المطر فيجري من المنصبة إلى أخرى تحتها وهما مزروعتان فيسترقان كثيراً من الماء، فاشترى المنصبّة أناس فبنوا فيها وقد مدوا بيوتهم بالقراميد وكثر ما ينصب فيها فقال من تحته: لم يكن يجري عليّ هذا الماء كله وقد بنيتُ التي تحتها أو بقيت مزروعة فلا حجة له بهذا وإنّما تجرى على ما كان بالواجب. وقد تقدم لابن رشد من هذا المعنى.

وفي كتاب ابن سحنون عن أبيه: في خربة لرجل بين دور يلقى فيها الزبل ولا يدرى من يلقيه فقام جار أضرّ الزبل بحائطه، فقال صاحب الخربة: وأنا أشتكي ذلك، أنه يجبر صاحبها على تنقيتها وقد يرفع جدار الرجل فيسدّ على جاره مدخله ومخرجه.

وفي موضع آخر من كتاب ابنه: **[181 أ]** في الزبل تجتمع في فناء قوم أو في خربتهم إنّ على جيران الموضع كنسه ويؤخذ الأقرب فالأقرب على الاجتهاد لأن الأغلب أنهم يلقونه فيها وبهذا وقع العمل في زماننا.

وتقدم إذا ماتت دابة في دار قوم على من يكون إخراجها، وإن في طُرَر

ابن عات قولين، وأنه يؤخد من الرهون أنّ إخراجها على ربها، وتقدم ما فيه وما عليه الفتوى.

وتقدم أيضاً في طين المطر على من يكون زواله، من أحكام الوسق ومن نوازل ابن عبد النور. في الطراز[1].

وتقدم أيضاً: في الدار المكتراة تُبنى عليها غرفة أو تفتح عليها كوى، الخصومة على ربها فإن لم يفعل خيّر المكتري في البناء أو الفتح كما إذا انهدمت.

وتقدم في أبواب القضاء: إذا وقعت الخصومة في دار أنها على من بيده الرقبة وهو المشتري، فما ثبت عليه رجع به على البائع والفرق أن المنافع هنا تقتضى على ملك رب الدار بخلاف الاستحقاق.

وفيه: من بنى في أرضه حتى منع صاحبه الريح في الأندر فلا منع له، كما إذا منعه الشمس وهبوب الرياح. ومن كان له طعام مصفّى لم يمنع مَن فوقه من الذرو عليه قبله أم لم يُنْدر قيل له: غَطِّ طعامك. ووجد منقولاً كذلك. وقد قيل له أن يمنعه ويؤمر بقلع طعامه، وهو وجه حسن. فإن لم يُصَفِّ أحدهمْ وأذروا كلهم واختلط نبتهم قيل لهم: اقترعوا على الأنْدُر، فإن أبَوْا لم يجبر واحد منهم على قلع أنْدُره، ويقال لمن أذرى على صاحبه: أتلفتَ نبتك لا شيء لك، ويجبر الذي صفا طعامه على القلع. قال: وإن صفا أحدهم ولم يبق إلاّ إخراج الحصالة منع صاحبه من الذرو عليه وليس هو كمن لم يصف شيئاً وكان ابتداء ذروهم واحداً.

وفي المجالس: إن أحبّ أهل الأسواق تسقيف ما بين حوانيتهم وأبى بعضهم فمن أحبّ فله ذلك ومن أبى لم يُجْبَر. وكذا في جميع الصناعات.

قلت: ويتخرج على القول بكنسهم الطين جبراً أو جبْر الجار على إقامة الحائط الذي يدخل منه ضرر على الجار أو كشفه جبر إلاّ في هذا. وهو اختيار

(1) فقرة سقطت من ج.

اللخمي في الحائط بين الدارين أو الحانوتين. وهو أحد قولي مالك في الأولى، والثاني مقيس عليه عنده وهذا كله ما لم يمنع من تحصيل صفة السلعة فإن منعها منع كل ما يمنع من تحصيل الصفة كالشراء في ليل مظلم، والله أعلم.

وفيه عن الموثق: إن كانت له عرصة وبنى رجل بجنبها فليس له منعه من فتح الأبواب والكوى إليها. ولو قال أريد أن أبني فيها[**181** ب] لأنه حق قد سبق إليه. وقد روى ابن حبيب: أنّ له أنْ يمنعه من فتحها على العرصة قبل البناء أو بعده إذا رغب في بنيانها لأنه حق يذبّ عنه ما يضرّه. ونحوه في كتاب الجوار لعيسى قال: إن لم يمنعه حتى بنى فله منعه بعد ذلك، ولا يمنعه تركه أولاً من القيام عليه. مطرف: فإن أرفقه بفتحها على أنه متى شاء سدَّها جاز ذلك بينهما.

وعن سحنون: جرت قناة تحت أربع دور فانسدت فإن الأول يكنس ما في داره ثم يكنس مع الثاني ثم الأول والثاني مع الثالث كذلك ثم جميعهم مع الرابع لأن مياههم كلها تجري عليها وهذا إذا كانت مياه الدار كلها تجري إلى القناة فإن كانت لواحد تجري في دور هؤلاء فإصلاحها عليه خاصة.

وعن يحيى بن عمر في القناة تجري فيها أتفالهم حتى تخرج التراب فيها إلى الخندق فانسدت قناة أحدهم فكنس أحدهم فلم يجر ماؤه في قناة جاره فإنه يجبر كل من بعده على الكنس حتى يخرج ماؤهم إلى الأم. وأما كنس الأم التي تخرج إليها مياههم فعليهم أجمعين. وينظر فإن كان يجري عليها ماء المطر فقط فالكنس على عدد الدور فقط، وإذا جرى فيها الغائط والبول فهو على عدد العيال كقوم سكنوا داراً وكنيفهم واحد.

قلت: حكى ابن رشد خلافاً من كنس سواقي المراحيض والماء هل هو على عدد الرؤوس أو على قدر الأنصباء أو البعض على الرؤوس والآخر على الأنصباء، انظرها في شرحه.

ابن سهل: في رجل فتح باباً من درب غير نافذ وبقي ثلاثة أعوام فباع القوم دورهم فقام المبتاع يطلب غلق هذا الباب المحدث.

فأفتى ابن عتاب بأن لا قيام له لأن بقاءه رضى ممن باع، وروى ابن

حبيب عن الأخوين وأصبغ: لا مقال للمبتاع إلاّ أن يكون البائعون خاصموا ثم باعوا. ودليل المدونة في مسألة العبد إذا تزوج بغير إذن سيّده وباعه قبل العلم يدل على الأول. وفي سماع أشهب من الأقضية ما يدل على خلافه. ومثله في وثائق الخلوف. وفي مسائل حبيب أن سحنوناً قال: يقوم المبتاع مقام البائع. وقال فضل: انظر هل يجوز هذا البيع على قول غير ابن القاسم على أن يكون على خصومة.

وأجاب اللخمي في مسائل الأرض التي لا جدر عليها بقوله: وإذا كان الحائط صيانة لهما ولا يجحف بواحد، منهما جبر على البناء من أباه وإن كان يجحف بأحدهما لم يجبر عليه وإن كان لا يجحف غير أنه لا يصون الآبي منهما من جميع الوجوه وإن صانه أجحف به البناء فلا يجبر أيضاً.

وسئل اللخمي عن اليهود، هل يمنعون من الاستقاء من نهر في وسط [182 أ] بلد المسلمين الذين يتوضون فيه ويتطهرون ويغسلون ثيابهم.

فأجاب: لا أعلم لمنع اليهود من الاستقاء من النهر وجهاً، لأن أعلى مراتبه أن تكون جَرّتُه نجسة ولا يتعذر النهر ولا ينجسه أو يكون ثوبه نجساً والمسلمون يغسلون فيه نجاساتهم.

قلت: هذا واضح مع كثرة الماء كما قال، وأما لو لم يكن كذلك فقد تقدم لابن رشد لا يمنع من الاستقاء من البئر مع الجيران وعلى هذا يجري اليوم في ما يستقيه الأسارى من الصهاريج ويبيعونه مع أن الغالب عليهم أنهم لا يشربون الخمر وكثرة دخول الماء وخروجه فلا أرى أن يُمنعوا لغلبة الطهارة مع كثرة الماء كما قال ابن رشد.

وسئل اللخمي عما حكاه عنه القفصي في الحائط يكون بين الجنتين، وفي السؤال طول.

فأجاب: إذا كان بين الجنّتين حائط فانهدم وبقي مهدوماً يصل إليهما ضرر فمن دعا إلى إعادته فالقول قوله. وقد اختلف في هذا الأصل والذي آخذ به ما ذكرتُ لك، وكذا بين الدارين وفيه وقع الخلاف. وإن كان الضرر ينال أحدهما

فذلك على مَن يناله الضر دون صاحبه. وإن لم يكن حائط فليس على من أتى أن يحدث حائطاً جبراً إلاّ أن يكون الضرر يدخل على أصحاب الأجنة بعضهم من بعض فيكون القول قول من دعا إلى التصوين والبناء.

وسئل بعض الفقهاء عن الرجل يشتري الشجرة أو يكون أصلها في ملكه فتمتد فروعها حتى تخرج لجنان آخر، فهل الثمار لرب الأصل أو لمن خرجت إليه، وقد تضرّ أو لا تضرّ؟

وجوابه: الثمرة لصاحب الأصل وعليه الكراء للذي خرجت إليه إن شاء وله قطعها، قاله أصحاب مالك، ولا يجوز الصلح إلاّ أن تكون الثمرة للذي امتدت عنده الفروع. ولو اشترى واشترط مدّ فروعها وإن طالت فهذا شرط لا يصح والبيع فاسد لأنه مجهول لا تُدرَى غايته.

وسئل المازري عمن له علوي على سفلي لآخر فهدم الأعلى حائطاً منه فيه إفريز على السفلي فأراد ردّ الحائط وإسقاط الإفريز ونازعه صاحب السفلي لأن في إعادته(1) . . . .

فأجاب: يكشف عن ذلك العرفاء فإن لم يكن في إسقاطه نقص على صاحب السفلي(2) فلا مقال له، وإن شهدوا بأن ذلك ينجس الدار ويُنقص ثمنها ويلحق صاحب السفلي ضرر بذلك ففيه اختلاف في المذهب، هل يجبر على إعادته أم لا؟ ينظر في الصحيح منه بعد سماع البيّنة بالضرر الواقع في ذلك، والله أعلم.

وسئل ابن أبي زيد: هل يجوز للسلطان [182 ب] أن يقطع مواتاً قرب العمران؟ وهل فيه خلاف؟

فأجاب: قطعه بقرب العمران لا بأس به إذا كان من الموات، وعن أشهب: إحياء الموات جائز ولو بقرب العمران إذا لم يضر بأحد.

---

(1) جملة غير مقروءة في ج، وهي ساقطة من أ.
(2) جملتان سقطتا من أ.

قلت: مذهب المدونة الأول في ما قرب دون ما بعد فيجوز بغير إذن الإمام والقول الثالث: لا يجوز إلاّ بإذن الإمام مطلقاً[1]. واختلف بعد القول إنه لا يجوز إلاّ بإذن الإمام إذا وقع هذا فعن ابن القاسم وغيره: للإمام أن يجيزه أو يزيله أو يقطعه للغير ويعطيه قيمة العمارة منقوضة. وعن أصبغ: إن وقع مضى ولم يُردّ، ذكره ابن يونس.

عياض: موات الأرض: ما لم يعمر منها، وإحياء الأرض عمارتها، وهو بعشرة أشياء سبعة متفق عليها: بتفجير الماء فيها بحفر بئر أو شقّ نهر أو عين الماء، وبإخراج الماء عن غامرها به منها، والبناء، والغرس، والحرث وتحريك الأرض بالحفر ونحوه، وقطع شعرائها وغياضها، وكسر حجارتها وتسوية حروفها وتعديل أراضيها. الثامن التحجير عليها وهو ضرب حدّ ودخول ما يريد إحياءه منها ولم يحيه بعد، التاسع رعي كلئها، وحفر بئر ماشية فيها. فهذه الثلاثة عند أشهب إحياء وليست عند ابن القاسم إحياء، انظر بقية كلامه.

وسئل عمن يمنع أرضه من الناس من احتطاب الحطب وقطع الجمّار هل له ذلك أم لا؟ ومثله صيد الحوت من غُدُرِها.

فقال: ما فيها من الكلإ والخرشف والجمّار غير النخل اختلف في منعه وأحبّ إليّ أنم لا يمنع إذا كان غنياً عنه. وأما الاحتطاب فله منعه إن احتاج إليه أو ثمنه. وأما غُدُر الحيتان فاختلف فيه بالمنع وعدمه وإن ألقَى فيها أصول الحيتان فهو أحق بها وله منعها.

قلت: في هذه المسائل اضطراب ينظر في المطولات.

وسئل السيوري عن جدار لرجل أردا جاره أن يحدث تحته مرحاضاً لداره على أن يحول بينه وبين الجدار بحائط لئلا تصل ندواته إليه فمنعه صاحب الجدار وقال: لم يكْفِ حائلاً يمنع جداري من الضرر، ولو منع في بعض الأوقات فلا يؤمن لحاق الضرر، فهل يمنعه أم لا؟ وكذا إن أراد أن يربط دابته تحت هذا الجدار وتبيت فيه؟

(1) جملة سقطت من أ.

فأجاب: ما عمله في ملكه مما يضر بجاره مُنِعَ منه، وكذا إن كان يتوقع ضرره في المستقبل.

وسئل أبو عمران عن نهر مشاع بين قوم منهم من مات ومنهم من بقي ومنهم من فرَّ من الظلم ولم يتعين لأحد منهم فيه شرب يوم ولا ساعة، فهل يجوز شراء ملك من تلك الأملاك بشربه من ذاك النهر؟

فأجاب: لا يجوز حتى يعلم شربه كم هو، فإن جهل أهل الموضع أنصباءهم في ذلك من ذلك الماء فعليهم أن يصطلحوا على ما شاؤوا إذا كانوا رُشَّداً بالغين.

وفي سماع ابن القاسم: من باع نخلاً ولم يبيّن كم هو ولا سدس أو خمس [183 أ] فالبيع فاسد ويُردّ. من النوادر في البيوع الفاسدة.

قلت: في أول قسمتها.

من باع من رجل مورثه من هذه الدار فإن عرفا مبلغه جاز وإن جهله أحدهما أو كلاهما لم يجز.

قلت: إذا كانا قادريْن على التوصل إليه ولم يقدرا فهي كمسألة الصلح إن وقعت ضرورة.

وسئل بعض الفقهاء عن نهر مشاع بين قوم مات بعضهم وغاب آخرون وبعضهم باقٍ في موضعه وفيه مياه مغصوبة وهو في غالب الزمان لا قيمة له ومبتذل، فهل يجوز شرب ذلك أو استعماله؟

فأجاب: أما وقت ابتذاله ولا قيمة له هناك فيجوز شربه واستعماله. وأما حين تكون له قيمة وتشاحّ الناس فيه فلا يجوز استعماله حينئذ.

وسئل المازري عن بحيرة فيها حوت منع الغاصب كل الناس من الصيد فيها واتّخذ لنفسه قوماً يصطادون فيها وقد يتركني الغاصب نصطاد منها دون غيري، هل يجوز لي أم لا؟ وإن جاز فهل هو حلال أو مكروه؟ وهل ما يعطي الغاصب للصيادين حلال لهم دون غيرهم ويجوز شراؤه أم لا؟

فأجاب: أما الصيد من البحيرة التي منع الغاصب الناس من التصيد فيها فقد سئل عنها ابن أبي زيد في أكل ما صِيدَ منها ممن أبيح له التصيّد خصوصاً ومنع سائر الناس. فوقفتُ فيها، فروجع فيه فوقف ثم نشط بإطلاق القول بأنه ليس بحرام شراء ما يصيد منها من أبيح له التصيّد لأن الممنوعين من ذلك لم يملكوا الصيد لكن منعوا من تملكه فليس في هذا المنع حقيقة الغصب في الأموال التي تملك هذا ظاهر ما ذكره. وذكر عن أبي الحسن القابسي ما ظاهره المنع والتشديد في هذا. وجواب أبي محمد كأنه أقرب إلى أصول العلم، جواب أبي الحسن أقرب إلى أصول الورع.

وعندي: إذا كان الذي أبيح له الصيد إنّما يأخذ المقدار الذي لو أبيح لكل الناس تحصل له خاصة ذلك المقدار فيترجح ما قاله أبو محمد في ظاهر الأمر.

وأما المستأجَرون من الغاصب فيبيعون ما يعطيهم من الصيد فإذا استأجرهم إجارة صحيحة كان شراء ما أخذوه من الصيد مما غيرهم ممنوع من تصيده حكم ما قدمناه وحكيناه. والله يهدي من شاء إلى صراط مستقيم. ولشدة الحاجة والضرورة قد يقع فيها بعض التسهيل.

قلت: وهذا شأن بحيرة بني زرت في منعهم الناس الصيادة فيها واصطفائهم لقوم اكتروها فحكم ما يكون فيها من الجرافة[1] وغيرها من أصناف الحوت وبيعه بتونس أو بالبلد، هذا الحكم في ما يأخذه المخزن وفي ما يعطى للصيادين وفي من يباح له التصيد فيها. وكذا الملاحة بتونس تجري على هذا المعنى. وتقدم بعض الكلام فيها. وكذا ما يأتي في مسألة[183 ب] المعادن وما في المدونة من ذكر الغدير والبحيرة.

وللمازري في المعادن حين سئل عنها فقال؛ القول في المعادن مستند إلى معرفة حكم أرضها هل هي عنوة أو صلح أو خطة؟ وأرض إفريقية شك فيها سحنون ويأخذ فيها بأشد الأمور وأحوطها. وإن كان صلحاً لقوم وقد انقرضوا فلا يُعلمون هم ولا ورثتهم فتصرف مصارف المجهول أربابه. وكان يعمل نفسه

(1) اسم لنوع من السمك، ما زالت هذه التسمية مستعملة إلى اليوم بشمال البلاد التونسية.

ساقياً لأن الثمرة لا تجنى إلاّ بعد عمل ومؤنة ومتى تركت هلكت الثمرة، فإذا أخذ منها مقدار عمله وخدمته وسلم الباقي لمستحقه من فقراء أو غيرهم كان أولى من تركها جملة إذ لا يتحصل لأصحابها كلٌّ ولا بعض. فتحصيل البعض بالخدمة أولى وأحسن.

وكذا المعادن إذا كان من وضع يده عليها قد استحقّها بوجه جائز ـ وقد تقدم بيانه في جواب آخر ـ والأولى له أن يقتصر على بعض ما يخرج منها ويخرج البقية للفقراء ولبعض المصالح الدينية على قول بعضهم. وصرفه للفقراء متفق على جوازه. وهذا إذا علم أنه لا يستحق ذلك إلاّ بمؤنته ولولا ذلك لما صار لمصرف هذا المعدن بشيء. ولا يتعين عليه أن يكون من مستحقه لفقره فيسوغ له باتفاق، أو لأن فيه من المصالح الدينية ما يقتضي الاجتهاد وصرف الذي يؤخذ إليه أو أكثر منه. وإذا افتقر إلى أجَراء يعملون فيها حفراً أو سبكاً وتصفية واستأجرهم على عمل معلوم بأجر معلوم صح ذلك وجاز. وإن كان يعلم أنه لا يصح له ذلك حتى يجعل للأجراء نصيباً فإنه إذا كان يعلم قدر الخارج المصفّى ومبْلغه وقدر عملهم فيه وتصفيته ومنتهاه فالاستئجار جائز إذا كان العمل معلوماً لا يختلف والخارج معلوماً كذلك.

وإن عملوا لصاحب المعدن قفافاً معلومة يخرجونها من المعدن على أن لهم قفافاً كذلك حق عملهم والعمل معلوم جاز ذلك. وإن أراد بعد هذا خلط تراب القفاف كلها شركة فيها ولا يختلف حتى تكون الشركة معلومة فهذا جائز.

وكلامنا هذا في معادن الرصاص إذ لا ربا فيها وإنّما تتقى فيها المزابنة على رأي مالك، فإذا سلموا من المزابنة وتتحقق المساواة جاز ذلك. وكذا إن تبين فضل أحد النصيبين مما يرفع المزابنة فهو جائز أيضاً وإنّما يتقى الفضل من جهة ثانية من ناحية الشركة على التفاضل فهذه الطرق تسلك في الاستئجار. فإذا وقعت الشركة على وجه جائز واشتراط الفضل وعرضه أمر مجهول يمنع صحة الشركة. فإذا صفا شيء لرب المعدن صنع فيه ما ذكرناه من صدقة من نصيبه بحسب الاجتهاد كما بيناه في ما تقدم.

قلت: تقدم أن ابن رشد حكى الخلاف عن سحنون [**184** أ] وغيره في العمل في المعادن على الجزء مطلقاً وأنه مقيس على شركة الزرع فتأمله. وأن الشركة في حفر الأنقاض لا تجوز للجهل بها بخلاف شركة المعدن. قال: وأما حجارة المدينة[1]... فإنه إذا علم أن تلك الأبنية من أبنية الروم فيسلك فيها مسلك ما ذكرناه من أن أعظم مراتبها أن تكون كمالٍ يستحقه المسلمون لا يُعرفون ولا يُرجى أن يُعرفوا، فإن هذا إذا أعطي للفقراء حلّ لهم وحل للأغنياء شراؤه منهم. وإن صرف في المصالح الدينية ولما فيه منفعة للمسلمين ساغ ذلك وجاز على أحد القولين في مذهبنا. وإن أراد المتحفظ مواضع الاتفاق على الجواز تصدّق بقيمته. وإن كان لا يُنالُ إلاّ بنفقة وأجْرٍ هذا بيّن وأدّى الاجتهاد إلى أن يفعل ذلك للمساكين حتى تحصل لهم منفعة ثمنه أو قيمته إن تعذّر البيع من الذي يُنْفق عليه مما لا بد منه.

قلت: وعلى هذا تجري حجارة الساقية الزغوانية العادية وأنقاض قرطاجنة وسائر مدائن إفريقية الجاهلين. وأما أنقاض القيروان فتجري على اللقطة التي يبين منها أربابها. وأنقاض صبرة تجري على أموال بني عبيد من الشيعة وتقدم قريباً حكمهم، وهم الذين سُمُّوا مشارقة.

قال المازري: وأما الملاّحة فحكمها حكم ما ذكرناه من المعدن يُعتبر فيه حكم الأرض وحال الآخذ منها هل هو فقير أو غني؟ وإن كان فقيراً هل فيه مصلحة للمسلمين فيسوغ له أم لا يستحق ذلك وينظر أيضاً هل له في ذلك صيانة أو منفعة يستحق موضعها على حسب ما قدمناه، وهذا في ملاحة هي كالمعدن.

قلت: هذا يؤيد ما تقدم في ملاحات تونس. وعليه جرى اختصاص المدارس والزوايا أو القضاة والعلماء ببعض الملح دون غيرهم منها، ويجري فيها ما ذكر المازري بحيث لو أبيحت لحصل ما حصل له فيجري على هذا المنوال.

---

(1) كلمتان غير مقروءتين في الأصلين، وبعدهما بياض بمقدار كلمتين أيضاً.

ورأيتُ مقيداً عن ابن سهل وأظن أنه نقله من تاريخ القضاة لابن حارث. قال سحنون: إن كانت لقوم أرضون ولرجل منهم أرض في وسطها فليس لصاحب الأرض الوسطى أن يبني فيها إلاّ على طريق واسعة، فإن كان فدانه له طريق لممر الرواحل أو الزوج لم يبْن لأنه يضرّ بالأرض.

وقال ابن القاسم: إن بنى الرجل أرضه وأغلق عليه أو كانوا جماعة فأغلقوا عليه قيل لهم: إما أن تعطوه طريقاً تشترونه له أو تتركوا أرضكم على حسب ما كان يدخل فيها إلى أرضه، وليس عليهم إلاّ طريق ليمر عليها بزوجه وبماشيته ولا يضر ذلك. وكذا إن باعوها قضي على المبتاعين بمثل ذلك.

ابن حبيب عن أصبغ: إذا كانت لرجل شجرة في أرض رجل أو شجرات فأراد أن يحظر عليها، نُظِر فإن كانت الشجرات لجنان واحد في طرف الأرض حظر على أرضه وترك الشجر[184 ب]، وإن كانت قليلة مفترقة في الأرض حظر على أرضه لدخول ثماره وفتح لصاحبها باباً وكان مفتاحها بيد صاحب الشجر يدخل إليها متى شاء، وإن كانت الشجر كثيرة مفترقة لم يكن له ذلك لأنه ضرر لصاحب الشجر، وإذا اجتمع ضرران على مشتركين في شيء[1] كان أولاهما باحتماله أيسرهما منه نصيباً.

وسئل ابن سهل عمن كانت بينهما أرض مشاعة فقسماها وبيد كل واحد منهما حصته منها فأراد أحدهما أن يحدق على نصيبه بحائطٍ فقال له مقاسمه: اترك لحائطك فناءً من أرضك. أو أراد الآخر أن يبني على آخر طرف أرضه. فقال: للباني أن يبني على آخر طرف أرضه[2] ولا يترك شيئاً من أرضه خارج بنائه.

وسئل شيخنا أبو القاسم الغبريني: عمن له حانوت بمدينة يكريه منذ أحد عشر عاماً ممن يبيع به البزّ، وهذا الحانوت المذكور مقابل سوق البزازين ليس بينه وبينه إلاّ قدر أربعة أذرع ولم يغيّر عليه في خلال المدة المذكورة مغيّر. ثم

(1) جملة سقطت من ج.
(2) جملة سقطت من أ.

قام عليه الآن في ذلك قائم ومنعه من إكرائه للبزازين، وزعم أن من يعمره يتلقّى الجالبين للسوق المذكورة به ويمنع من يأتي للشراء من أهل السوق المذكورة قبلهم، وأن في ذلك ضرراً على أهل السوق المذكورة ومفسدة، فهل يمنع من يبيع به ما ذكر أو لا يمْنع لقربه من السوق المذكورة؟ وجرى على عادته في هذه المدة المذكورة.

فأجاب: له أن يغيّر الحانوت المذكورة ولا يحل له أن يتلقى الجالبين للسوق المذكورة حتى يصلوا إلى السوق ويبيعوا به ويمنع من ذلك أشد المنع. وأما كونه يبيع ممن يأتي للشراء من أهل السوق المذكورة قبلهم فلا حجة لهم في ذلك ولا يمنع منه، وبالله التوفيق.

وسئل شيخنا الإمام عن الأرض التي تُقطع للأعراب وغيرهم من الناس، هل تملك ملكاً تاماً أم لا؟

فأجاب بأن إقطاعها إنّما هو إقطاع انتفاع لا ملكاً.

وسئل عمن اقتطعت له ثم مات وخلف ورثة فجدد ظهيرها بعضهم من إمام آخر.

فقال: الإقطاع الثاني ناسخ للأول.

من كتاب المديان والتفليس والحوالة والحمالة والحجر[1]

عياض: أصل تسمية المديان والدين من المذلّة، يقال: دان له إذا أطاعه، ومنه الحديث «الكيس مَن دان نفسه» أذلها، والدين: مذلة لمن هو عليه. وعن أهل اللغة: الدين مَالَهُ أجلٌ، والقراض ما لا أجل له ثم استعمل في الجميع.

وقد استعاذ منه عليه الصلاة والسلام. قالت عائشة ـ رضي الله عنها ـ: كان عليه الصلاة والسلام يستعيذ بالله من الغرم وكان عليه الصلاة والسلام يقول «اقْضِ عني الدين وأغنني عن الفقر». [185 أ] وعن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ «إياك والدين فإن أوله هم وآخره حرب». وروي أيضاً «الدَّيْن يشين الدِّين، والدَّيْن مذلّة بالنهار ومهمّة بالليل». وعن سلمة بن الأكوع أن رسول الله ﷺ «كان إذا قيل له: صَلِّ على الميّت قال لهم: أعليه دَيْن؟ فإن قالوا: لا، صلى عليه، وإن قالوا: نعم، ترك الصلاة عليه». ومن طريق أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام «إذا أوتي له بجنازة سألهم هل عليه دين كما تقدم حتى فتح الله ما فتح فقال من ترك مالاً فلورثته ومن ترك ديناً أو ضياعاً فأنا مولاه». وفي طريق آخر «ما من أحد إلاّ وأنا مولاه أولى منه بنفسه قال الله تعالى: ﴿ ٱلنَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِٱلْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ ﴾[2].

وقد قيل: إن ذلك كان قبل أن تفرض الصدقات فلما فُرضت قضى منها الديون. وفي حديث أبي سلمة: قبل أن يفتح الله عليه الفتوح أولاً. أما الصدقات فقد فرضها الله في كتابه، فأداء الديون فريضة لقوله تعالى[3] ﴿ ۞إِنَّ

---

(1) في عنوان هذا الباب ورد تكرار لما في العنوان السابق ص 350. وكذا ورد بالأصول.
(2) سورة الأحزاب، الآية: 6.
(3) ثلاث جمل سقطت من أ.

ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾[1] وقوله: ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾[2] الآية وقال: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾[3] وجعل للغارمين حقاً في الصدقات.

وقيل للنبي ﷺ: أرأيت إن قتِلْتُ في سبيل الله أيغفر الله لي خطاياي؟ قال «نعم إلاّ الدّيْن». وجاء «إن نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يوفيه بعد موته» وظاهره أو أنه في صلاح أو فساد.

وسئل أبو عمران عن رجل أدان ديناً في غير فساد فمات قبل أن يجد قضاءه هل يطالب في الآخرة؟ قال: لا، والله قادر على أن يعوّض صاحب الدين بما شاء، والذي قال عليه الصلاة والسلام في الجنازة «هل عليها دين؟» إنّما قال ذلك قبل الفتح.

وكذا من استهلك لرجل شيئاً واجتهد في أن يقضيه على ما استهلك له فلم يقدر حتى مات فهو كالذي يستدين من غير فساد. ومذهب عز الدين أنه إن مات ولم يقضه وهو قادر على قضائه فإنه يؤخذ من حسناته ويقضى للطالب بقدر ذلك وإن نفدتْ حسناته أخذ من سيئات الطالب ورُدّت عليه. وإن لم يقدر على قضاء ذلك أو كان من غصب لكنه لم يجد من أين يقضيه يفعل به ما تقدم إلاّ الأخذ من سيئات الطالب فلا تحط عليه، والله تعالى يرضيه عنه. وظاهر الحديث مثل ما قاله عز الدين. وكذا قوله «الحج يكفر كل شيء إلاّ الدين» فظاهره العموم وظاهر حديث «إن الله ضمن عن أهل جميع التباعات» ذكره ابن المبارك، حجة لأبي عمران.

وخرّج ابن ماجة عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «إن الدين يقضى من صاحبه يوم القيامة إذا مات إلاّ من تداين في ثلاث خلال [185 ب] «الرجل تضعف قوته في سبيل الله فيستدين يتقوّى به لعدو الله وعدوه، ورجل يموت

(1) سورة النساء، الآية: 58.
(2) سورة البقرة، الآية: 283.
(3) سورة النساء، الآية: 12.

عنده مسلم فلا يجد ما يكفنه ويواريه إلاّ بدْين، ورجل يخاف الله في نفسه العزبة فينكح خشية على دينه فإن الله يقضي عن هؤلاء يوم القيامة» فيحتمل أن يكون هذا في حق من أدان لغير فساد أو خصوصاً بهم وقال عليه الصلاة والسلام «ما أحِبّ أن يكون لي مثل أحُد ذهباً ثم تمضي عليّ ثلاث وعندي شيء منه إلاّ شيئاً أرصده لدين، فمن استدان شيئاً في مصلحة فالله قادر على أن يقضي عنه».

وقد روى أبو هريرة أن رجلاً كان له على نبي الله ﷺ دين فغلظ عليه فهمّ أصحابه به. فقال: دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً، وقد أمر الله عز وجل «من عُفِيَ له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان»[1] وهكذا ينبغي[2]. وقال عليه الصلاة والسلام« رحم الله امرءاً إن باع سمح» الحديث. وقوله: «ومن أحيل على مليء فليتبع» فهو على الندب. وقال «مَطْل الغني ظلم» فإذا مطل ظلم وسقطت شهادته.

سحنون: فإن زعم أنه عديم فسأل الطالب الحاكم أن يستوثق له من حقه فقد اختلف في ذلك ولا فائدة في حبس من يُرجي بيده شيء، فإذا رأى حبْسه فليفعل لأنه إنّما أقيم ليوصل إلى الناس حقوقهم.

قلت: وعن عز الدين: إنّ حُكْم الحاكم من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فتجب فيه المبادرة إلى ما يوصل إلى تأدية الحقوق فوراً. وما روي عن بعض قضاة الأندلسيين أنه كان يطيل الخصوم فعوتب في ذلك، قال: رأيت كثيراً منهم مبطل في طلبه فطوّلتُ رجاء أن يرجعوا إلى الحق أو إلى بعضه من باب، تقليل المفسدة ما استطعت. أبو عمران: وإنّما قُدّمت الديون على المواريث لأنها عن أعواض وأهل الميراث لا أعواض لهم.

والتفليس: مصدر فلّس يقال: فلّسه القاضي تفليساً: نادى عليه أنه أفلس، ويقال فَلِس الرجل إذا صار مُفْلساً لأن دراهمه صارت فلوساً أو زيوفاً، كما يقال أجنب الرجل إذا صار جُنباً. ويجوز أن يُراد به أنه صار إلى حال يقال فيها ليس

---

(1) سورة البقرة، الآية: 178

(2) ثلاث جمل سقطت من أ.

معه فلس، كما يقال: أقهر الرجل إذا صار إلى حالة يقهر عليها ونحو ذلك.

ورسْمُه شرعاً: الحكم بمنع مال المدين لقصوره عن دينه أو رفعه الشرط لذلك. ولشيخنا في مختصره: الأخص من التفليس: حكم الحاكم بخلع كل ما للمدين لغرمائه لعجزه عن قضاء ما لزمه فيخرج كل ما له باستحقاق عينه. وموجبه دخول ديْن سابق عليه على لاحق بمعاملة بعده. والأعم: قيام ذي ديْن على مدين ليس له ما يفي له.

وقال عياض: أصل التفليس العدم وأصله من الفلوس أنه صاحب فلوس بعد أن كان صاحب ذهب وفضة، ثم استعمل في كل من عدم المال، يقال: أفلس ـ بفتْح اللام ـ فهو مُفْلس.

وفي الصحيح سئل النبي ﷺ عن المفلس فقيل المفلس الذي ليس له دينار ولا درهم فأخبرهم عليه الصلاة والسلام «أن المفلس [186 أ] الذي يؤخذ من حسناته يوم القيامة حتى إذا لم تبق له حسنة علق عليه سيئات غيره».

عياض: معنى الكفالة والحمالة والزعامة والقبالة والضمان بمعنى واحد، وأصلها من الحرز والحفظ ثم ذكر بقية ألفاظها.

فعن ابن الحاجب: شغل ذمة أخرى بالحق. وقال شيخنا: هي التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له، ويعقب كلام[1] ابن الحاجب، انظره.

عياض: هي على ثمانية وجوه:

حمالة مبهمة: أنالك زعيم أو حميل، وحمالة بمال مطلق، وحمال بمال على أنه لا رجوع على المتحمل عنه وهوالحميل وحمالة بنفس مطلقة، وحمالة بنفس مقيّدة، أي ليست من المال في شيء، وحمالة بطلب، وحمالة مرتقبة بما ثبت على فلان أو بما يوجبه الحكم عليه، وحمالة بالجنايات. وكل هذه الوجوه جائزة على الجملة لازمة.

---

(1) ثلاث جمل سقطت من ج.

فأما المبهمة فاختلف شيوخنا إذا عريت عن لفظه دليل وقرينة هل تحمل على المال أو النفس؟ وأما حمالة المال المطلقة فلازمة، وفيها الرجوع بالمال على المتحمّل عنه بكل حال إلاّ في مسألة وهي حمالة الصداق في عقد النكاح ففيها خلاف هل هي حمل أو حمالة؟

وأما الحمالة بالمال على عدم الرجوع وهو الحمل فاختلف فيه هل يحتاج إلى حوز فيبطل بموت الحامل أو كالحمالة لا تحتاج إلى حوز؟ والقولان في الواضحة.

وأما حمالة النفس أو الوجه المطلقة فالمشهور سقوطها بإحضار الوجه كيف كان ولزوم الغرم إذا لم يحضره، وابن عبد الحكم لا يلزمه من المال شيء في الوجهين. ولمالك في كتاب ابن الجهم: أنها كحمالة المال سواء، يلزمه في كل وجه.

وأما حمالة الوجه المقيّدة فلا يلزم بها من المال شيء إلاّ أن يقدر على إحضاره فلا يمكنه منه أو ينذره فيهرب وإن اتهم على تغييبه حبس فيه حتى يحضره.

وحمالة الطلب تصح في كل شيء وتصح في كل ما يتعلق بالأبدان وحقوق الآدميين والقصاص إذا رضي بذلك صاحب الحق وتركه بحامل يحضره متى شاء، ولا شيء على الحامل إن لم يحضره في ما لزمه إلاّ أن يعلم أنه غره وأمكنه حتى طلب بإحضاره تركه حتى عجزه فهذا يسجن حتى يحضره ويعاقب بقدر غرزه وبما أدخل فيه نفسه.

وأما الحمالة المُتَرَقَّبة فلازمة لما ثبت بالبينة وهل يلزم ما يقر به المطلوب بعد إنكاره مختلف فيه، والقولان قائمان من المدونة.

وأما الحمالة بالجنايات وما يتعلق بها من الحدود والقصاص وعقوبات الأبدان فلا يصح على الجملة، وذهب بعض الفقهاء إلى جوازها وجعلوا حكمها حكم الحمالة بالوجه المقيّدة ولا شيء عليه إن لم يأت به فإنه يلزم الحمل بالنفس في القتل والجراح أن لم يأت به دية القتل وأرش الجراح.

وفي الواضحة لأصبغ: [186 ب] في الفاسق المتعسّف على الناس بالقتل وأخذ المال فيؤخذ فيعطي حميلاً يتحمّل عنه بكل ما اجترم من قتل وأخذ مال أن ذلك يلزمهم ويأخذون بكل ما يؤخذون إلاّ أنهم لا يقتلون. فضل بن سلمة: فإن أراد أنهم[1] يؤخذون بالدية في القتل، فعلى هذا التأويل يوافق مذهب الذي قال: والحمالة تنقسم بقسم آخر على قسمين من جهة المتحمل به، وهو إما معلوم أو مجهول، ومن جهة المتحمل عنه إما ميت أو حاضر أو غائب، وكلها جائزة. وخالف بعضهم في بعض هذه الأقسام والأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾[2] وفي حديث «إن الزعيم غارم» أبو عمران: إسناده صحيح.

والحوالة: مأخوذة من التحوّل من شيء إلى شيء، يحول من طلبه على غريم إلى غريم غريمه. وحقيقتها في الشرع: نقل الدين إلى ذمة لتبرأ بها الأولى. وقال شيخنا: طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى، ولا ترد المقاصة إذ ليست بطرح بمثله في أخرى. وقال القاضي: تحويل الحق من ذمة إلى أخرى وتعقّبه بعض الهجائيين انظره.

والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتْبعه» بتخفيف التاء وتشديدها. وقد تقدم إن مَطَلَ غريمَه فهي جرحة. وعن بعض أصحابنا لا تكون جرحة حتى يكون ذلك له عادة. وهي محمولة على الندب وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت الدين بالدين. ابن الحاج: وحملها أهل الظاهر على الوجوب إذا كان المُحال عليه ملياً وهي مستثناة بالرخصة من الدين بالدين ومن بيع العين بالعين غير بديل[3]. وقد أشار الباجي إلى أن ليس حكمها حكم البيع ولا هي من هذا الباب بل هي من باب النقد.

وشروط جوازها أربعة: حلول الدين المحال به، وأن يكون الدين المحال

(1) جملتان سقطتا من أ.
(2) سورة يوسف، الآية: 72.
(3) كذا بالأصلين.

به من نوع الدين المحال عليه وصفته وقدره، الثالث رضى الحال والمحيل بذلك، وأن لا يكون الديْنان طعاماً من سلم أو أحدهما ولم يحلاّ على الخلاف في هذا الأصل عندنا، فأصل ابن القاسم ما تقدم وغيره يجيز ذلك بحلول المحال به، وزاد ابن الحاج: وأن لا يغره من فلس عَلِمه.

قلت: ونحوه في المدونة. والذمة هي أهلية التصرف إما ظاهراً أو مقدراً إلى غير ذلك.

عياض: والحجر أصله المنع قال تعالى: ﴿حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾[1] أي حراماً محرماً لا يباح. ومنه حُجْرة الدار لأنها مَنْعَة، ومنه سمي العقل حجراً لأنه يمنع صاحبه.

وحقيقته في الشرع: صفة تمنع نفوذ التصرف أو التبرع في المال. ورسمه شيخنا في مختصرة بأنه: صفة حُكْمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوتة أو تبرعه بماله، وبه دخل حجر المريض والزوجة.

وأسبابه سبعة: الصبا والجنون والتبذّر والرق والفلس والمرض والنكاح في الزوجة[2]. . . . والأصل في كل قسم من هذه الأشياء معلوم، وهي ترجع إما لإضاعة المال أو لحق الغير. وفي ما ذكرناه كفاية، فترجع لما أصّلناه في هذا التقييد [187 أ] من معرفة أعيان المسائل.

وسئل ابن رشد عمن عليه دين حالٌّ وبيده سلعة فأراد الطالب بيعها في الدين وأراد المطلوب بقاءها رهناً حتى يتسبّب في أداء الدين وسأل التأخير وقتاً، ما يفعل فيها؟

فأجاب: إن من حقه أن تبقي رهناً ويؤجل في أداء الدين بقدر قلّته وكثرته وما لا ضرر عليهما فيه بحسب اجتهاد الحاكم، وبه جرى القضاء والعمل وتدل عليه الروايات عن مالك وأصحابه.

---

(1) وردت مرّتين في سورة الفرقان، الآيتان: 22، 53.

(2) بياض بمقدار كلمتين في الأصلين.

قلت: تقدم قدر ضرب الآجال في الربع وغيره فأغنى عن إعادته.

وسأله عياض عن مسألة وقعت بين يديه: وهو رجل ثبت تفليسه عنده وقام بعض من له عليه دين بعقد يتضمن أنه رهنه دار سكناه فيه قبل تفليسه[1] وشهد عندي من ثبت عنده العقد بتحويز الراهن للمرتهن الدار وعاينوها خالية من الساكن والأثاث وغلق الراهن الدار ودفع مفتاحها للمرتهن بحضرتهم. فقام بقية الغرماء وزعموا أنه لم يفارقها إلى الآن وهو ساكن فيها وأن الواقع تحيّل لإبطال حقهم فيها وشهد عندي جماعة الجيران وفيهم من قال إن المديان لم يزل في الدار في تلك المدة إلى حين تفليسه والقيام عليه. فوجَّهتُ من كشف الأمر فوجدوها مشغولة بأهله ومتاعه، فأوقفت المرتهن فقال: لا علم لي بل حزتُ المفتاح بمحضر البيّنة وأكريت الدار من مكترٍ حلّها منذ أيام وأثبت عند هذا الكراء. قال: فإن كان الراهن افتات عليّ ولم أعلم به وجهالته لبعد من طريق الظن وصورة الحال، والأمر مستراب لاستغراق المذكور في الدين منذ مدة. وقام الغرماء بشهادة قومٍ من الجيران لم تثبت عدالتهم عندي أن المرتهن عالم بكون المديان في الدار من قوله واجتماعهما به في الدار ونحوه، وأتوا ببعض من شهد في الحوز من قِبَله أنه كان داخل الدار زمن خلائها فصار كالجلود للدباغ قليلة. وقيل: لبقية الشهود: شاهدتم حقيقة الدار والغرف خالية؟ فقالوا: لم[2]... لكن رأينا الدار والمجلس فارغين وقفلها ودفع مفتاحها بحضرتنا، ما رأيك في هذه الشبهة وصورة الشهادة؟ هل تقدح في الحوز أم لا؟ مع ما في الأصل.

فأجاب: ما ذكرتَ مُوهنٌ للحيازة وقادح[3] ومؤثر في صحّتها، قال تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾[4] فلا يثبت الرهن إلاّ بحيازة صحيحة لا علة توهنها، لا سيما قد قال مالك على علمك: لا يجوز رهن من أحاط الدين بماله،

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

(2) كلمة غير مقروءة بالأصلين.

(3) جملتان سقطتا من أ.

(4) سورة البقرة، الآية: 283.

ومراعاة الخلاف من أصول مالك، فإذا حكمتَ بإبطال الرهن ومحاصّة الغرماء أخذت باليقين ولم تحكم بالشك ووافقت الحق.

وأجاب عن طرف منها وهو أن الغرماء ثبت لهم دين ببينة وأقر لبعضهم حين أُقيم عليه وأخذ يذكر كل ما عليه من دين وقد علمت بالخلاف في المسألة [187 ب] وقد ألقى بيده واعترف بعجزه. وقد يتأكد إقراره لمن عرف بمعاملته حسبما وقع في كتاب محمد وغيره وليس بيده ما يقوم بمن كتب دينه.

جوابها: الذي أقول به إن كل ما اعترف به في مجلسك أول مرة قبل السجن فهو جائز لمن لايتهم عليه وإن لم تعرف مداينته ولو عرفت لكان أجْوز. وقد روي عن مالك: عند إقراره لمن يُعرف منه تقاض ومداينة(1) مع يمينه ويحاصّ من له بينة.

فقلت: هو قول مالك في المدونة في من عليه دين فأقرّ لأخت له فلا شيء لها إلاّ ببيّنة على أصل الدين أو يقيم بيّنة أنها كانت تقضيه في حياته. قال سحنون: يعني يلزمه إقراره لها، والباب واحد وأصله قيام التهمة أو يظهر من دليل الحال ما يضعفها فيعمل عليه.

وفي فصل من المسألة وجد متاع بيد بعض الغرماء فقال: هو عندي رهن ووافقه المفلس ونازع بقيتهم فقالوا: مال مفلسنا ولا يلزمنا وجه ما توصّل به إلى يده وهل حكم الغرماء حكم صاحب السلعة إذا تناكر مع الغريم في كونها ليست برهن وأنه مصدق إذا قال: لا أدري؟ وكيف لو ادعى عليهم علم الرهن وفيهم من لا يظن به العلم؟ وكيف إن خاصمه بعضهم في الرهن فقال حتى يجتمعوا، أيحلف له أو حتى يجتمع جميعهم؟ وإن حلف لواحد هل يجزي لغيره؟

فأجاب: لا يصدق المفلس بعد تفليسه بتصديقه أنه رهن عند من هو بيده كما يصدق قبل التفليس ويدخل جميع الغرماء فيه. وإن قالوا: ما ندري ما يقول بعد تصديق صاحب السلعة إلاّ أن يقيم بيّنة بارتهانه قل التفليس. وإن ادعى

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

علمهم بذلك لزم جميعهم اليمين ولا يُجزي يمين بعضهم عن بعض فمن حلف أخذ ما وجب له ومن نكل رجعت حصته إليه بعد يمينه.

قلت: الصواب أن لا يكون أحق به لما قرر من اختلاف قول مالكه في رهن من أحاط الدين بماله. ولو ثبت له أنه رهنه قبل التفليس فلم تثبت حيازته لأن حيازته لا بد أن تكون مقصودة. وهو معنى قول الموثقين: ثبت له الاحتياز والتحويز، فإذا لم يثبت هذه فالأصل إبطال الرهن ولا يدخل فيه من الخلاف ما في الهبة إذا وجدت بعد موت الواهب بيد الموهوب. وفي المدونة فيها قولان لابن القاسم وغيره لأنه لا يطلب في الهبة إلاّ الحوز خاصة بدليل إذا قبضها الموهوب بغير أمر الواهب أنه يمضي والرهن أشد.

وسئل أبو عمران عمن خرج لفريضة الحج وقدم صهره على ربعه فلم يف بخراج السلطان فتداين ما ودّى على ذلك ثم توفي الموكل قبل قدومه فقام أرباب الديون لبيع الربع فقال لهم: الخراج مقدم، فقالوا: أنت أسوتنا ما الواجب في ذلك؟

فقال: إن كانت الضيعة لو لم يؤد عليها [188 أ] خراجاً ورفع يده عنها لهلكت فحجَّتُه قوية وإلاّ لم يكن أحق من الغرماء.

وأجاب التونسي بأنه لو لم يؤد صهره الخراج لباع الغاصب الرباع وأهلكها فهو أحق من الغرماء(1) كمن استنقذ متاعاً من أيدي اللصوص فهو أحق به ويرجع بما فداه، وفيه اختلاف.

قلت: مثله اليوم ما يقع من الإيقاف على التركة. وقد تقدم لابن عبد السلام بأنه يرجع على التركة من دفع ذلك، وأن ابن عبد الرفيع القاضي أبا إسحاق في مسألة إذا أجْبر على دفع دين عن الطالب الهارب أنه حكم ببراءة ذمة المطلوب، وأن شيخنا أخذ من رهونها من مسألة من ارتهن أرضاً فأخذها منه السلطان فلا يرجع به على الراهن إلاّ أن يكون ذلك الخراج حقاً وإلاّ فلا يؤخذ

(1) ثلاث جمل سقطت من أ.

من قوله إلاّ أن يكون حقاً[1] أنه إذا دفع الجزاء عن الأرض الموروثة أو المرتهنة فإنه يرجع بذلك في التركة أو في الرهن ويكون أحق به، بمنزلة من وجد سلعته في التفليس لأنه بعض ثمن الأرض على ما أصّله شيخنا الفقيه في تدريسه ومختصره بأنه حلال.

وقد اختلف في الأسير إذا فدى نفسه بشيء هل يكون فاديه أحق بماله حتى يقبض الفداء أو يكون أسوة الغرماء؟ وأما من جنى جناية عمداً لا تحملها العاقلة ففي محاصّة الغرماء خلاف يقوم من المدونة وغيرها فهذه أضعف لعذره بخلاف الفداء.

وسئل التونسي أيضاً عمن طُلب بخراج فقال لصهره: أوصيتُ فلاناً يدفع إليك فأحاله فلان على آخر فدفع له دينارين وودَّى الصهر الدينارين الباقيين، فمات الذي عليه الخراج والموصى إليه في الحجاز فقال دافع الدينارين إلى الصهر: أعدهما عليّ، فقال الصهر: إنّما دفعت بسبب صهري وأنا أيضاً دفعت دينارين هل عليه غرمهما أم لا؟

فأجاب: لا غرم على القابض والقول قول الدافع إنهما سلف لا من دين له عليه ويرجع بهما في ذمة مَن أمره بقبضهما.

قلت: كقولها في آخر المديان: من أمر رجلاً يدفع لفلان ألف درهم، قال عليّ أو لم يقل، ففعل ثم قال الآمر: كانت لي ديناً على المأمور، وأنكر المأمور وقال: أسلفته إياها، فالقول قول المأمور. وقد تقدم أن ابن رشد أخذ منها أنها لا تسلم وثائق الديون للمطلوب، وقد مرت المسألة.

ابن الحاج: في رجل له دين عند رجل أخذ ماله بيت المال بعد موته فقام يطلبه من أمير المسلمين فجمع له الفقهاء فقالوا كلام أمير المسلمين بأنه مستغرق الذمة لبيت المال مقبول كخَبَره أنّه تركه في الدين. وقال قاضي مراكش: لا بد من شهادة عدول بأنه مستغرق الذمة لبيت المال فيكون حينئذ بيت المال

(1) جملة سقطت من أ.

أحق لأن المال له. وإن لم يشهد عدول على ذلك ضرب في ماله غرماؤه ويضرب معهم بيت المال بقدر مَا لَه من المال، وإن شهد أنه مستغرق الذمة قدر لبيت المال قدر حظه[1] فأخذه وضرب غرماؤه بعد ذلك بدينهم في ما بقي.

قلت: في هذا نظر، والصواب أن بيت المال أسوة الغرماء مطلقاً إلاّ أن تشهد بيّنة بأعيان ما بيده أنه لبيت المال بضاعة أو وديعة، أو عامله بيت المال بعد تفليسه بالديون التي قامت الآن فيكون [188 ب] بيت المال أحق به. أما لو كانت بيده أعيان سلع اشتراها من بيت المال فهو أسوة الغرماء عند مالك لقوله في الحديث «وهو في الموت أسوة الغرماء». وعلى هذا يجري ما يقع اليوم في القابض والأحباس ولبيت المال من المجابي الحلال أو شبهه. وأما المكوس فلها حكم غير هذا.

وفي ذمة إلى ذمة. مثل أن تأمر رجلاً لك عليه دين يدفعه لرجل قرضاً إن أقر القابض أو قامت بينة تبري الدافع وإلاّ لم يبرأ.

أمانة إلى أمانة، وصل وديعة عند رجل فيأمره المودع أن يدفعها إلى آخر وديعة فقولان؛ إذا ادّعى الثاني الضياع فيقبل قول الأول بالدفع، مذهب المدونة أولاً، وهو في الموازية.

ذمة إلى أمانة، وصل دين لك أمرته بدفعه لرسولك فأقرّ الرسول بالدفع وادّعى الضياع فلا يقبل إلاّ ببينة الدفع ويدفعه ثانية ولا يضمن الرسول شيئاً وله يمينه ما لم يكن الرسول مفوّضاً إليه لرب الدين فيبرأ الدافع بإقرار الوكيل وعلى الوكيل اليمين.

قلت: انظرها مع مسألة اللؤلئي في كتاب الوكالات وفيها خلاف مشهور وفروق لم يرتضها ابن رشد وجمعها مع مسألة القراض بالوديعة والدين.

ومسألة العرايا وتبليغ الكتاب إلى غير ذلك أمانة إلى أمانة هي بمنزلة ذمة إلى ذمة.

---

(1) أربع جمل سقطت من أ.

قلت: انظرها في مقدمات ابن رشد.

وفيه: يجوز لولي اليتيم أن يستقرض له على وجه النظر ثم يردّ من ماله كما فعل عليه الصلاة والسلام في حديث أبي رافع حين تسلف على الصدقة ثم ردّ منها حين قدمتْ عليه.

قلت: نحوه في رهونها: للوصي أن يرهن في متاع اليتيم رهناً في ما يبتاع له من كسوة أو طعام كما يتسلّف لليتيم حتى يبيع له متاعه وذلك لازم لليتيم.

قال شيخنا الإمام: حمل بعضهم على مسألة المدونة إذا اشترى له إلى أجل، ويقول: هو رد على من زعم أنه لا يبتاع له بالدين إذ لا نظر له في ذلك ورجاء زيادة الأسواق في ما يرهنه له مردود بأنه متوقّع عراض محقق وهو زيادة الدين. قال: والصواب حوازه، لأن البيع يؤدي إلى تفويت الربع وهو ليس من جهة النظر، والنظر هو كل ما يؤدي إلى بقائه.

وفيه: إقرار الوصي بدين على أيتامه فإن كان في ما وَلِيَه هو فهو كالإقرار على نفسه فهو معمول به، وإن كان إقراره على تركة الميت فهو كشاهد عليهم ومثله الأب.

قلت: نحوه في شهادات المدونة: تجوز شهادة الوصيين أو الوارثين بدين على الميت.

وفي مديانها: إن ادّعى الغرماء أنهم دفعوا المال إلى الوصي فأنكر حلف، وإن نكل ضمن. ومالك: ضمّنه بنكوله في اليسير وتوقف في الكثير. وضمنه ابن هرمز مطلقاً، وبه أخذ ابن [189] القاسم.

وهي إحدى المسائل التي خالف فيها ابن القاسم مالكاً وقال بقول غيره. والثانية في العتق إذا قال له: أنت حر وعليك مائة دينار. والثالثة في تضمين الصنّاع إذا اختلط دينار بمائة دينار ثم ضاع دينار أخذ بقول ابن أبي سلمة. والرابعة في الزكاة الثاني إذا بلغت الإبل مائة وإحدى وعشرين، انظرها.

وفي المديان أيضاً: إذا قضى الوصي غرماء الميت بغير بيّنة وأنكروا ضمِنَ

إن لم يأت بالبينة إلى غير ذلك من المسائل التي فرّق فيها بين فعل غيره ونفسه.

وفيه: مَن اشترى أصلاً ثم فلس قبل دفع ثمنه وقد كان رهنه فعلى القول بجواز الرهن قبل التفليس فلا يأخذه البائع حتى يدفع للمرتهن ما فيه له، وينبغي أن يرجع المرتهن بذلك ويحاصّ به الغرماء. تدبر هذا، هل يصح أم لا؟ والصواب على القول بمنع الرهن الذي يرجع إلى المرتهن إلى آخره.

وفي مختصر أبي محمد: من أسلف مالاً أو عرضاً فلا يكون أحق به في الفلس وإنّما الحديث في البيع.

قلت: وظاهر المذهب خلافهُ ونقله في التعاليق عن الأصيلي ونقل الأول عن ابن المواز، ويقتضيه عموم بعض الأحاديث «من أدرك سلعته في التفليس فهو أحقّ بها» وهو في الموت أسوة. قال: وبوَّبَ البخاري باب «إذا وجد ماله عند مفلس في بيع أو قرض أو وديعة فهو أحق به «وأدخل حديث «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره» فهو خلاف ما تقدم في المختصر.

وفي التعاليق عن أبي عمران: قلت: للأصيلي إنّما الأثر «من باع سلعته فأدركها» فقال لي: وهل يقاس إلاّ على السنن؟ وقال لي: إن ابن المواز وابن القاسم ركبا في الرأي حماراً أجرب أو أعرج أو مثل هذا.

وفيه أيضاً: ـ إن المبتاع في البيع الفاسد أحق بالسلعة حتى يقبض الثمن من البائع المفلس إن كان أحدهما ينقد واشتراها بدين فهو أسوة الغرماء، وهو مذهب ابن الماجشون وسحنون. وقال ابن المواز: لا يكون أحق بها، وهو أصل ابن القاسم. ولو أخذها من دين أخذاً فاسداً فهو أسوة حكاه أبو إسحاق. وحكى ابن مزين عن أصبغ أنه أحقّ، ووجهه أنها دخلت في ضمانه بالقبض بخلاف ردها بعيب لأنه مختار بردها فلذلك كان أسوة. وفي الفاسد مجبور على ردها فلذلك كان أحق بها، ولو لم يقبضها لكان بالثمن أسوة في جميع مال المفلس إلاّ أن يدرك ثمنه بعينه ويكون معروفاً ثبت بالبينة فيأخذه ويكون أولى من الغرماء فيه.

ومن أحكام الشعبي: الذي يجب أن لا يُنادَى على مال الميت للدين حتى يكتمل ما يجب من معرفة أهل الديْن واستحلافهم ثم يجب لهم مال الميت فينادى عليه ويبيعه الناظر ويقضي الدين. وذكر القاضي أن في الغرماء صغيراً فإن عرفت عينه عند القاضي فقد وجب [189 ب] النظر له لأنه صغير لا يمين عليه لصغره أو لولاية إن كانت عليه ثم يباع له كما يباع للجميع. قال ابن لبابة وغيره: من في ولاية لا يجب عليهم يمين وهي يمين استبراء. وفي وثائق الجزيري: إنه يعجل الحق لمن عليه ولاية فإذا رشد فإن حلف جاز له ما أخذ وإن نكل حلف المدعى عليه واسترجع ما أعطى.

وفي أحكام ابن سهل نقله من الطرر عن ابن عتاب: في مولًّى عليها مات زوجها وأثبتت كالئها فإنه يقضى لها بالكالىء دون يمين القضاء وترجى عليها إلى أن ترشد فتحلف حينئذ، فإن نكلتْ صرفت ما قبضت إلاّ قدر ميراثها.

ورد أبو محمد الأصيلي قول من قال: إن السفيه لا يحلف في ما يدعى عليه به لأن في نكوله تسبباً في إتلاف ماله. قال: وهذا خطأ والحجة عليهم عدم الخلاف في وجوب اليمين على المديان الذي قد غرق في الدين، وأنه إن نكل عن اليمين حلف المدعي واستحق ما ادعاه عليه، وفي نكوله تلف أموال الغرماء. والمرأة ذات الزوج يدعى عليها بدعوى أكثر من ثلث مالها فتنكل عن اليمين أن الطالب يحلف ويأخذ. ابن سهل: والصواب عندي ما جرى به العمل من المنع من تعلق اليمين بالسفيه. وفي وثائق ابن الهندي: ترجى اليمين عليه إلى إطلاقها.

ولو ادعى السفيه على رجل بدعوى فنكل المدعى عليه فإنه يغرم ولا يحلف السفيه حتى يرشد وإنّما حلف مع الشاهد لإحياء السنة. ابن سهل: والصحيح عندي أن يحلف السفيه الآن ويأخذ إذا رد المطلوب عليه اليمين وقد رضي بيمينه حين نكل. وزاد في الطرر: لأن في مسألة ابن الهندي إن دُفع دين عن ميت ولم يحلف أن الدافع يضمن ذلك.

وتقدم لابن رشد أن يمين القضاء لا نص على وجوبها لعدم دعوى ما

يوجبها إلاّ أن أهل العلم رأوا ذلك على وجه الاستحسان. انظرها في ما سبق.

وسئل شيخنا الإمام عن ورثة صغار شهد لهم شهود على عين بهيمة أنها لمورثهم وأنهم ما علموا خروجها من ملكه بوجه من الوجوه إلى أن توفي وورثها ورثته الصغار المذكورون وما علموا أنها خرجت من ملك الورثة الصغار إلى الآن على طريق وثائق الاستحقاق وأعذر في ذلك لمن ألْفيت البهيمة بيده فسلم المقال إلاّ ما يوجبه الشرع وليس في الصغار من بلغ، فهل الحكم في يمين الاستحقاق كما إذا قام لهم شاهد على حق معين أم هي أخف وهي كيمين القضاء ويمكن ولي الأيتام من البهيمة وترجى اليمين على من يظن به العلم منهم أم لا؟ وكيف لو كان فيهم بالغ فحلف يمين الاستحقاق، هل يكون كافياً لغيره أم لا؟

فأجاب: يمين الاستحقاق أخف من اليمين مع الشاهد للإجماع على توقف الحكم بالشاهد على [190 أ] ضم اليمين إليه وشهرة الخلاف في وجوب يمين الاستحقاق في الربع وغيره. وهي عندي أخف من يمين القضاء لغلبة سببه وهو طلب الاقتضاء بيمين الوصي وترجى اليمين، وحلف بعض الورثة لا يسقط الحلف عن سائرهم. هذا معروف المذهب، والله أعلم.

وفيه: عن مقنع بن بطال عن ابن عبد الحكم أن القاضي لا يبيع من الدار إلاّ بقدر الدين بخلاف ما يبيعه من جارية أو غلام فبيعه لضرر الشركة. وفي قسمة المدونة: لا يباع على ميت من داره إلاّ بقدر دينه.

ابن الحاج: إذا قام على تركة أخيه بدين قديم وقد كان فرض لرجل في قسمة تركتين لهما أو كرر له التفويض أنه يقوم مقامه فلا يتوجه له قيام بدين لأن نيابة الوكيل عنه كأنه ناب عن نفسه، ولو ناب هو عن نفسه فلا قيام له فكذلك هذا إلاّ أن يكون عذره واضحاً في تركه القيام. ولو كان تاريخ الدين بعد تاريخ الصدقة لكان أبْين في سقوط الاعتراض بالدين على الصدقة وتوهينها.

وفيه: اختلف العلماء هل الناس محمولون على العدم حتى يثبت لهم الغنى أو العكس؟

احتج الأولون بحديث خرجه ثابت: دخلنا على رسول الله ﷺ وهو يعالج

شيئاً فأعْيَاه فقال «لا تيأسا من الرزق ما تهزت رؤوسكما فإن الولد تلده أمه أحمر ليس عليه قشر ثم يرزقه الله» والقشر: اسم للثوب وكل ملبوس. واحتج الآخرون، وهو مذهب مالك بقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ ﴾[1] أي وقع ذو عسرة فظاهره حمله على الملأ.

قلت: وأعرف أن اللخمي حكى قولاً: إن المدين إذا لم يكن له عوض فيحمل على العدم ويحلف، وإن كان له عوض فيحمل على الملأ.

ومن الطرر عن بعض المحتجّين: كل من وجب عليه دين من مهر أو حمالة فادعى العدم لم يكن عليه سجن لأنه لم يثبت له ملك شيء كما ثبت في السلف والتبايع، وعلى الإمام أن يكشف عنه فإن وجد له مالاً وإلاّ حلف أنه لا مال له ظاهراً ولا باطناً. الشعباني: من عين ولا تِبْرٍ ولا عرض ولا دين ولا وديعة ولا رهن ولا بغير ذلك بوجه ولا تغييب ما يقضي به شيئاً مما عليه ويترك سبيله.

غيره: وكذلك ما وجب عليه من نفقة ولد أو والد وإنّما يجب السجن على من يدعي العدم بعد أن يثبت له ملْك. والقضاء أن عليه السجن في ذلك كله حتى يثبت العدم، لأن أصل الناس على الملأ حتى يثبت عدمهم. ووجه العدم أن الرجل يولد ولا شيء له ثم يصير له كسب بعد ذلك. وذهب إلى هذا الداودي.

وفيه عن ابن مغيث: إذا استحلف الغريم فنكل، إنه يسجن أبداً لأن نكوله تهمة، فإن ادعى أن غريمه يعرف عدمه حكم القاضي [**190 ب**] عليه باليمين أنه ما يعرفه عديماً كما زعم. وإن نكل عن اليمين لم يسجن له وحلف الغريم: ماله مال باطن ولا ظاهر في علمه، لأن نكول الطالب عن اليمين يدل على أن غريمه عديم. قال ابن شعبان وغيره: وبه كان يقول الحافظ ابن الفخار.

قلت: سمعت شيخنا الإمام يحكي عن بعض قضاة تونس ممن لقِيَه: إن

---

(1) سورة البقرة، الآية: 280.

العمل على عدم إحلاف الطالب لأنه يؤدي إلى تأدية حقه بعد قدومه على اليمين، ويأتي نحوه للّخمي. وهو عندي يجري على الخلاف في دعوى يمين التهمة، هل تتوجه أم لا؟ لاسيما على مذهب من يقول: إن المطلوب يحلف على العلم لأنه قد يكون له مال لم يعلم به أو هبة أو شبه ذلك فيحنث إن بت أو قطع. ونقله عن الاستغناء. وفي ذكر الهبة نظر لأنها لا تنقل الملك إلاّ بعد القبول، والقبول يستلزم العلم.

وفي الطرر أيضاً: إن ظاهر ما في الوثائق أن المطلوب يحلف على البت.

وفيه عن ابن رشد: صفة الشهادة على العدم أن يقول الشاهد: إنه يعرفه فقيراً عديماً لا يعلم له مالاً ظاهراً ولا باطناً. واختلف إذا شهد على أنه فقير لا مال له ظاهراً ولا باطناً فقيل: لا تجوز وقيل: جائزة وتحمل على العلم. فإن نص على البت والقطع فلا تجوز شهادته قولاً واحداً من رسوم نقلها من المديان، وانظر كلام اللخمي في المديان.

قلت: ويحتمل أن تجري على مسألة شهادة إثبات الملك وأن هذا جارٍ على قول مالك إنه زور وعلى قول ابن الماجشون وغيره: الشهادة جائزة بكل حال.

في الطرر: الفرق بين المعرفة والعلم فإنّ متعلق العلم بمعنى الجملة، والمعرفة بالتفصيل، ولفظ العلم مشترك بين ما يتعلق بالمعنى في الجملة والتفصيل تقول: علمت زيداً قائماً فقد تعلق علمك بالخبر بزيد فما عرفت فيتعلق بمعنى الاسم المفرد، فإذا قلتَ: عرفت زيداً قائماً، فقائم حال وليس خبراً.

وفيه: إن قالوا إنه ضعيف التجر قليل ذات اليد أخذ منه ذلك القليل ودفع إلى الغرماء وترك له ما يعيش به واستحلف، وإن حدّتْ البينة ما في يديه فهو أتمّ. وعن بعض أصحابنا: لا تكون الشهادة بالعدم إلاّ على عين المشهود له بذلك. والذي قاله بعض أصحابنا هو مذهب المدونة في من حلف بطلاق امرأته ماله مال، وقد ورث مالاً لم يعلم به أنه حانثٌ. ابن رشد: وهي على مراعاة

الألفاظ دون المقاصد. وانظر في نوازل أصبغ من النذور.

وفيه: إذا شهد له عدول بالعدم وآخرون باليسار فقيل: نُظِر إلى أعدلهما، فإن تكافأتا سقطتا وبقي مسجوناً على الأصل من أنه محمول على الملأ حتى يثبت عدمه فكانت بينة الملأ أعمل عند [191 أ] التكافىء، وقيل: تسقطان ويرسل من السجن حتى يكشف عنه في الستر ويظهر من حاله ما يجب أن يعاد إليه. فبيّنة العدم أعْمل عند التكافىء، وقيل: بيّنة الملأ أعمل مطلقاً في أحكام ابن زياد عن ابن غالب وغيره، ويحبس بشهادتهم حتى يشهد أنه أعدم بعد ذلك بجائحة أصابتْه. وقيل: بيّنة الملأ أعمل مطلقاً لأنها توجب حكم إطلاقه من السجن إن سُجِن وإسقاطه أن لم يُسجن. ولو قال شهود الملأ: إنهم يعلمون له مالاً باطناً أخفاه، فلا يختلف في شهادتهم أنها أعمل. انظره في سماع أبي زيد من مديان الشرح.

قلت: هذا الأصل يجري على قاعدة النفي والإثبات وله نظائر قد تقدم منها جملة.

وفيه عن الشعباني: من قام بدين على حاضر أمَر السلطان بإحضاره ووقفَهُ، فإن أقرّ به قيّد إقراره عنده إن كان يعرف شخصه، وإن لم يعرف شخصه كلف الطالب إثبات شخصه بشهيدي عدل. وكذلك يوقفهُ على إقراره وإنكاره بمحضر شهيدي عدل، فإن ادّعى عدماً سئل الغريم فإن أقر له بذلك ترك ولا حميل ولا شيء، وإن لم يقرّ وادعى الغريم عدم علمه بالعدم وجبت له اليمين كما تقدم. فإن حلف حبسه السلطان حتى يُثبت العدم، وإن نكل بطلت دعواه وله ردها، وإن استعذر بالعدم وأثْبَتَه سقط عنه الحبس وأقام حميلاً بوجهه.

وحُكي عن الداودي: من كان له دين على مَن اغترقت التباعات والفلاحات ذمته ولا يكاد يحصي أهل التباعات ولا يفي ما بيده بما عليه ولا ما يقاربه ولا يُعلم منتهى ما عليه لم يجد لأحد أن يقضي شيئاً من ماله. من[1] الاستغناء.

(1) جملتان سقطتا من أ.

قلت: هذا بيّن على قول إنه كالمضروب على يديْه فيصح قضاؤه لبعض الغرماء دون بعض. ومنهم من يفرق بين أن يعطيَه ما يبقى في يديه أو لا. ويأتي حكمهما ـ إن شاء الله ـ في مسائل الغصب في معاملتهم.

وفيه: إذا قام الغرماء فأثبت الغريم عدمه وحلف ثم قاموا عليه بعد ذلك فهو على العدم الذي ثبتَ له حتى يَعلم أنه استفاد مالاً لأنه حكم بذلك عليهم. ولو قام عليه غير الأولين وقد مضت مدة بعد ثبوت العدم الأول فإنه يكلف البيّنة أن عدمه متّصل ولا يعلمون أنه استفاد مالاً إلى وقت قيام هؤلاء الآخرين عليه في علم البينة لأن هؤلاء لم يحكم عليهم ولا أعذِر إليهم في الشهود بالعدم. فيجب أن تشهد الشهود على اتصال العدم ويباح لهم الدفع في شهادتهم. قاله الباجي.

وفي نوازل ابن الحاج: إذا أثبت العدم ثم قام غريمه عليه بعد مدة فاستظهر بما ثبت من عدمه فينتفع به إلى مدة ستة أشهر، فإن زادت المدة فلا بد من استئناف عدم آخر إلاّ إن يثبت له مال فلغرمائه القيام عليه قبل. ومن طريق عبد الرزاق أن عليه الصلاة والسلام أوقف معاذاً للناس بعد بيع ماله وقال «من باع من هذا شيئاً من ماله فهو باطل».

وفي الطرر: من صالح رجلاً على دين بنقد ثم ادعى العدم أتبعه في ذمته وليس صلحه بالنقد يكذب قوله ولا يبطل ببيّنته بالعدم لأنه يقول: كنت أرجو سلفاً أو هبة من بعض أهلي ونحو ذلك.

قلت: وأحفظ في نوازل ابن رشد في من كتب في وثيقة الدين أنّه لا يدعي فقراً ولا عدماً ثم أراد إثبات ذلك لا يقبل منه إلاّ أن يثبت جائحته بعد ذلك في المال الذي كان بيده. والعادة اليوم أنهم يقولون: لا قول له في ذلك ولا حجة، وهو يقوم مقام من لا يدعي فقراً ولا عدماً.

ابن سهل عن أبي صالح: من وجب عليه حَميل فلم يقدر عليه فالحبس حميلُ من لا حميل له. وقد حبس النبي ﷺ رجلاً وجب عليه إتمام عتق مملوك بإعتاقه نصيبه منه، وفي الحديث «حتى باع عتيقه له».

وعن ابن العطار في وثائقه: من لم يعط حميلاً بالخصومة في أول الخصام فلا يُسجن ويقال للطالب: لازِمْهُ إن أَحْبَبْتَ وكُنْ معه حيث تصرف. وفي وثائق ابن الهندي: في هذا الوجه يُسجن إن لم يقم حميلاً. وفي شهادات المدونة: إذا ثبتت الخلطة أخذ منه حميلاً. وفي الكفالة: لا حميل له عليه، فمنهم من قال: خلاف.

قلت: ومنهم من قال: المراد بالكفيل الملازم.

قال: وكان سحنون يسجن من لم يعط حميلاً لشخصه إذا[191 ب] وجب له عليه حميل.

وفيه: في أحكام ابن زياد: في الغريم يقول: أبيع عروضي وأؤدي ديني إذ ليس لي ناض يحلف على ما قال ويعطي حميلاً إلى أجل يضرب له.

وأخبرني الشارقي عن ابن دحون أنه كان يقول: لا يمين عليه، ويستدل بقول مالك في آخر سماع أشهب في الزكاة: جُلّ الناس ليس لهم نقد. وكان أبو علي الحداد يخالفه ويقول: لا بدّ له من اليمين أنه لا ناض عنده يؤديه منه. وعن ابن زرب: اليمين في هذا على التجار لأن الغالب حضور الناض عندهم، ولا يمين على غير التجار، وهو تفريع حسن.

وفيه: في الدين يحل وله رهن عند الطالب وأراد أخذ حميل بماله، فقال ابن غالب: يعطي حميلاً وإلاّ فالحبس حميله حتى يقضي ما عليه. وقال ابن وليد: إنّما يؤخذ الرهن وثيقة بحق من الذي عليه الدين. وعن ابن صالح: الذي نعلمه من قول مالك وأصحابه أن الراهن إذا لم يقض ما عليه باع السلطان الرهن وقضي المرتهن، ولا نعلم في هذا حبساً ولا حميلاً.

وكتب إلى قرطبة في من عليه دين وله أصول مأمونة فسأل تأخيراً حتى يبيع الأصول، هل يُعطي حميلاً بالوجه على ما يفتي به أهل طليطلة؟ واحتجوا برواية أبي زيد في العتبية: في من عليه دين وله مال غائب يعلم غرماؤه ذلك، فليس لهم أخذ حميل إلاّ أن يخافوا أن يهرب أو يختفي منهم.

فأجاب ابن عتاب: يلزمه إقامة حميل بالمال كان ذا أصول أو لم يكن، وبه جرى العمل. ورواية ابي زيد ضعيفة خارجة عن الروايات والأصول وكذا المسألة التي قبلها وكثير من رواياته كذلك. ثم اجتمعت معه فقال: يلزمه الحميل ولو كان بيد الطالب رهن حتى ينصفه. وهو مذهب الشيوخ. وأفتى ابن مالك: إذا كان بيد المطلوب[1] معروف العين ظاهر الملأ فلا أرى الحميل بالأمر اللازم.

ومعنى الحميل: التوثّق للطالب بحمالة من هو أوثق من مطلوبه. وإنّما كان سحنون سرى على قاتل الخطأ الحميل لتشهد البينة على عينه في غير المشهور، هذا معناه عندنا. وفي كتاب ابن سحنون: كان يحبس من لم يعط حميلاً لخصمه.

وسئل سحنون عمن وجب عليه غرم مال فقال: هذا ربعي فيعرضه فلا يجد من يشتريه فطلب منه الطالب حميلاً بوجهه، هل له ذلك ويحبس إن لم يجده؟

فقال: لا حميل عليه إذا بذل من نفسه هذا ولم يُتّهم، وإنّما يُحبس مَن اتُّهم أنه خبّأ مالاً. فإن عرض ربعه فزعم الطالب أنه يقول للمشترين: لا تشتروا فإن الحاكم يتصيّده ويستقصي ثم يبيع بالخيار عسى زيادة زائدٍ.

وفي الطرر: سئل ابن زرب: عن الذي يجب عليه المال فيلدّ.

فقال: إذا كان ظاهره الملأ لم يعط حميلاً بما عليه ويؤخذ بالمال أو يسجن إن ألَدّ إلاّ أن يثبت أنه ليس من أهل الناضّ بل الأصول فيُطلق من السجن ويعطي حميلاً بالمال ويُضرب له الأجل في بيع الأصول نحو الشهرين. وفيه: يأمره السلطان بالبيع والإنصاف فإن أبَى ضيّق عليه بالسجن والضرب حتى يبيع، ولا يبيع هو عليه كبيعه على المفلس لأن المفلّس قد ضُرب على يديه ومُنع من ماله فلذلك بيع عليه. قاله أبو بكر بن عبد الرحمن. فإن أنكر الغريم

(1) جملتان سقطتا من أ.

المال الذي ثبت له وعجز عن المدفع في شهادة من ثبت به، فعن ابن فتحون أنه يبيعه عليه ولا يضطره إلى أن يبيع بما سعى عنه. فإن أخذ أموالاً للناس للدين أو لِتَجْرٍ ثمّ زعم أنه لا شيء معه ولم يُعلم أنه عطب في برٍّ ولا بححر سُجن وضُرب بالسياط في الجُمَعِ وغيرها وأطيل سجنه وكُرِّر عليه بالضرب حتى يؤدي جميع ما عليه أو يموت في السجن أو يتبين للإمام أن لا شيء معه فيطلقه بعد أن يحلف. وبهذا كان يفتي سحنون.

وفي وثائق المجموعة: ولما ولي سحنون ظهر على ابن أبي الجواد مالٌ لَزِمَه أن يغرمه فزعم أنه لا يستطيع ذلك ولا يفي ذمته فسجنه واتهمه سحنون أنه خبّأ مالاً فأدّبه وكرّر عليه الأدب فحضره أجله، فاشتغلَ بالُ سحنون بذلك ووجد في نفسه منه شيئاً حتى توسوس، وكان يقول: ما أنا قتلتُهُ، الحق قتله[1].

وفي المقدمات إن صح عن سحنون فليس برجوع عن مذهبه في من يقعد عن أموال الناس أنه يؤدب، وإنما ذلك إشفاق المؤمن الحذر الخائف لربه مخافة أن يكون قد جاوز في اجتهاده.

قلت: تقدمت هذه الحكاية وأن ابن الرقيق حكاها على وجه آخر فيذكره[2].

وفي مديانها: ويُحبس مَن اتهم أن يكون غيّبَ مالاً ومثل من يقعد في التجار بأموال الناس ويقول ذهب مني ولا يعلم أهل موضعه أنه أُجِيحَ بحريق [192 أ] أو سرقة أو نحو ذلك فيحبس. وإذا حبس لتهمة أو لدَدٍ لم يكن لطول ذلك عندي حدٌّ ولكن يُحبَس حتى يقضي أو يتبيّن عدمه، فإن تبين أطلق ثم ليس لرب الدين ملازمته.

وفي الطرر: إذا ادّعَوا على المفلّس أن معه من ثياب أو طعام أو غيره في داره ويرغبون التفتيش عليه فليس لهم ذلك إلاّ أن يأتوا ببيّنة على مداينته بشيء

(1) انظر تفاصيل القضية كما ذكرها القاضي عياض في كتاب تراجم أغلبية مستخرجة من المدارك ص 106 ـ 107؛ 110 ـ 111.
(2) لم يردْ ذكرٌ لهذه القصة في ما طبع من كتاب تاريخ الرقيق القيرواني.

فيقضي به لهم. وأما التفتيش فلا يفتَّش على مسلم في هذا ولا غيره وحكاه بعض قضاة الكور على هذا.

وفي أحكام ابن سهل: شاهدتُ الفتيا بطليطلة إذا ادّعى المطلوب العدم ودعوا إلى التفتيش عليه في منزله أن يفتش مسكنه فما لقي فيه من متاع الرجل بِيع عليه وأنْصف الطالب منه، لا يختلف فقهاؤهم في ذلك، وأنكرته على أكثرهم فاستمرّ فيه جميعهم ولم يَرجع عنه. وسألتُ عنه ابن عتاب فأنكره ولم يرَهُ، وكذا ابن مالك وقال: أرأيت إن كان الذي يلقى فيه ودائع؟ فقلت له: ذلك محمول عندهم أنه ملكه حتى يتبيّن خلافه، فقال: يلزمه إذاً توْفِيتَه والاستئناء به حتى يعلم هل له طالب أو يأتي بمدفع فيه. وأعلمتُ ابن القطان بعمل أهل طليطلة فقال: لا يبعد ولم ينكره وإنّما أراه حسناً في مَن ظاهرُه المطل والإلداد واستسهال الكذب.

وسئل ابن رشد عن هذه المسألة فقال: الذي أختاره مما قيل من ذلك أنه من حق الغرماء إذا دعوا إليه، فمن اتُّهم أنه غيّب ماله وادعى الفلس فإن فُتّشتْ دار المتهم وألْفِيَ فيها متاعٌ ليس من سلع تجارته فزعم أنه وديعة عنده لرجل سماه، سئل ذلك الرجل عنه فإن لم يدَّعه بيع للغرماء. وإن ادّعاه ولم يكن له بيّنة جرى ذلك على الاختلاف المعلوم في جواز إقرار المفلس بعد التفليس لمن لا يتهم عليه من الأجنبيين بالعروض المعيّنة. وانظر في تضمين الصناع من الشرح وفي موضع آخر المختار أن يفتَّشَ وقاله ابن شعبان، قال: وما ألفِيَ فيها من متاع النساء وادّعتْه زوجته كان لها.

قلت: انظر هل يحلف إذا ادّعاه الغرماء له أو لا لتصديقه إياها في ذلك. وانظر لو ادّعاه ونكلتْ عن اليمين وأبى هو الحلف هل يحلف الغرماء كما لو قام شاهد أم لا؟ لأنها يمين مختلف فيها من أصلها بسبب شاهد العرف هل هو كشاهدين أم لا؟

وفيه: لا تُقبل البيّنة بالعدم إذا بان من حال المطلوب الكذب ولم يشهد على نفسه بالملأ مثل الرجل يؤدي الدين مناجمة ولم يتغيّر حاله، ومثل من كان ينفق على ولده ثم طلق وشهد له بالعدم، انظره من كلام اللخمي.

قلت: هذا جار على أصل اللخمي الذي يقول: إذا عاملوه على صناعته فإنه يُجبر على العمل، وعلى ظاهر مسألة التزويج على السؤال إن لم يسأل طلق عليه أنه لا يُجبر على العمل فلا يجبر هنا على العمل.

ابن فتوح: من وجبتْ عليه يمين فامتنع منها حتى يبرز المال الذي يحلف عليه فإنه لا يبرز إلاّ بعد اليمين إذ لا يستحق المال. فإن قال: أخشى أن أحلف ثم يدعي الذي أحلفني العدم كان له أن يشهد له صاحبه أنه موسرٌ وليس بعديم، فإذا شهد له بذلك حلف واستحق. فإن ادّعى العدم بعد يمين الحالف حُبس حتى يؤدي فإن شهدت له بينة بالعدم ولم يسمع منها لأنه قد كذبها بإشهاده على نفسه إنه ليس بعديم وطوّل سجنه حتى يؤدي.

قلت: هذا نحو ما تقدم لابن رشد في عدم دعواه الفقر والعدم وأمّا ما ذكره من اليمين قبل حضور الحقّ هو اختيار أبي حفص قال: خشيتُ أنها إذا أمرته بالإحضار قبيل اليمين[1] فإذا أحضر ردّ هو اليمين فبطل بيع ما بيع، وعلى هذا لا يُنجيه عدم دعواه العدم حتى يزيد وأنه لا يردّ اليمين. وتقدم أنه حكي عن عبد الواحد أنه لا يمين حتى يحضر الحق، ووقعت به المسألة وأفتى فيها بهذا.

وأجاب ابن الحاج في مسألة سحنون: إذا كان الأمر على ما وصفتَ فالواجب على القاضي أن لا يقبل العقد المضمّن إقرار المسجون أن جميع ما بيده لأخيه، لما ظهر له في هذا الإقرار من التوليج والمحاباة والخدعة، لا سيما أن صاحب الدين أثبتَ ذلك كله للمسجون مالاً وملكاً وأن أخاه كان يتصرف فيه باسم المشاركة. وأمّا بيع المملوك فإن عايَنْت البينة دفع الثمن للمسجون بعد ذلك وإلاّ رُدّ، وما يرومه المسجون من إثبات عدمه لا يُلتَفتُ إليه لأن ما أثْبت صاحبه من وجود مال المسجون أعْمل، وبه جرت الفتيا، والحكم أن بينة المال أعْمل من بيّنة العدم وأنه روي عن ابن القاسم في العتبية خلاف فبالأول أقول للحديث «لي الواحد» إلى آخره، وحديث «من أخذ أموال الناس» ثم ذكر من التشديد عليه ما تقدّم.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

وفي [192 ب] الطرر عن ابن عيشون: إذا حبس السلطان الغريم فهو رأس تفليسه الذي لا يشك فيه إذا رفعه الغرماء إليه ويبيع السلطان ماله حيث وجده. وفي الموازية نحوه.

وفيه أيضاً عنه: إذا قاموا وبنوا على تفليس محمد وحالوا بينَه وبين ماله، ابن القاسم: ولو تشاوروا فيه فذلك حد التفليس. أصبغ: لو اجتمعوا وأخذوا ما في حانوته فيقسمونه على تفليسه واليأس من ماله ويطلقونه فهذا كالتفليس.

قلت: فيها قيل إذا حبسه أهل دينه فأقرّ من الحبس بدين لرجل آخر يجوز إقراره.

قال: إذا صنعوا به هذا ورفعوه إلى السلطان حتى حبسوه فهذا وجه التفليس وأختصرها بلفظها لأن في الجواب زيادة ورفعوه إلى السلطان فيحتمل أن يكون مقصوداً.

وفي المديان الثالث: روي عن مالك أن إقرار المفلس يجوز لمن يعلم عليه تقاضياً ومداينة وخلطة مع يمينه ويُحَاصّ من له بينة ولذلك وجه. قال شيخنا الإمام: وتحصيل هذا الباب أن إقراره قبل قيام الغرماء عليه ممن لا يتهم عليه ماض اتفاقاً ولمن يتهم عليه فيه قولان نقلهما اللخمي. وبعد القيام عليه قبل الحكم يحجره لمن لا يتّهم عليه، فحكى اللخمي في النوادر ثلاثة أقوال: يلغى إقراره بمجرد القيام أو بسجنهم إياه أو بالقيام وحالوا بينه وبين ماله ومنعوه البيع والشراء وبعد الحجر عليه، فقوله مقبول على من ليس دينه ببينة إن قارنه أو قاربه، وفي قبوله على مَن في دينه بينة كذلك ولغوه، ثالثها لمن علم له تقاض منه.

وفي المقدمات: لو أقرّ بمعيّن كقوله هذا قراض لفلان أو وديعة ففي قبوله: ثالثها إن كان على أصله بينة صدق في التعيين، انظرها. وفي الطرر: إن وجد بعد التفليس وترك يسعى في معاشه ثوب أو شيء فقام فيه غرماؤه فقال: هو لفلان أبيعه له أو أحمله له إلى كذا، قُبِلَ قوله بيمين ربه إن ادعاه لأنه لو أقرّ بدين قُبِل. قال: وما وُجد بيد المفلس بعد تفليسه فادعى فيه ذلك لم يقبل إلاّ

ببيّنة لمن ادعاه، لأنه لو أقرّ بدين لم يقبل إلاّ أن يكون ممن يبيع هذه الأشياء ويحملها، فيحلف رب المتاع مع قوله ويصدق.

وفيه: إذا ادعى المقر له أنّ الغرماء يعلمونه وجبت له عليهم اليمين فمن حلف فلا يحاصه ومن نكل حاصه بقدر دينه. وإن لم يدع عليهم علم ذلك لم يكن عليهم يمين.

وفيه: إذا أقرّ المولّى عليه بدين والصبي والمالك لأمره وأوصى أن يخرج من ثلثه أخْرِج ولا يحلف صاحب الدين. وعن أصبغ وابن كنانة: إن الذي يقرّ به المولّى عليه من ثلثه وإن لم يوص به ما لم يكثر إقراره جداً، ولم يَرَيَا على صاحب الدين يميناً.

قلت: ولا تتخرج اليمين من قوله: ما قال فلان فصدقوه، لأن هذا مصروف إلى الثلث ولا يمين فيه والآخر مصروف إلى رأس المال فلورثته فيه حق.

وفيه عن ابن رشد: لا اختلاف أعلمه أنه لا يلزمه المديان أن يتسلف ولا يستوهب ولا يستعير لأداء ما عليه من الدين ولا يقبل شيئاً إن طاع له به أحد إن لم يعامله الغرماء على ذلك إذ لا يلزمه قبول معروف أحد ولا منّته.

قلت: ويتخرج على ما ذكر المازري من بعض مسائل الكفالة: إذا قضى عنه ما يرجع إلى القيمة ونحوه وغير ذلك من مسائله أنه يجبر على المعروف فكذلك هنا، إذا كان له منه سبب كقضاء الكفيل في تلك المسألة، والله أعلم. قال: ولو طاع رجل بالسلف للطالب ويقضيه ماله على الغريم المطلوب ويرجع به عليه لزمه ذلك ولا منع له لأنه معروف للطالب. وهذا قول مالك وأصحابه خلافاً للحنفي وأبي يوسف ومحمد أنه إذا أدى رجل عن رجل مالاً بغير أمره فليس له أن يرجع به عليه. انظره في سماع أصبغ من مديان شرحه.

قلت: في المدونة: وليس للغرماء أن يجبروا المفلس على انتزاع مال ولده ومدّبره، وله هو انتزاعه إن شاء لقضاء دينه أو ينتزعه على غير هذا.

أبو عمران: لو مات ولم يقض دينه وله أم ولد عندها مال فلا يكون

مأثوماً بعدم جبرها ولا يجبرونه على قبول هدية أو سلف. وأما إذا أراد أن يجيز وصية أبيه فلهم أن يمنعوه.

قلت: مثله في المدونة: إذا أوصى بجميع ماله وليس له إلاّ وارث مديان فأجاز ذلك فلغرمائه ردّ الثلثين وأخذه في دينهم. وقيل: يجوز بناءً على أنه تنفيذ أو إنشاء وتجري عليه مسائل في المذهب منها هل يفتقر إلى جواز أم لا؟ ويؤخذ من مسألة عدم جبر أم الولد لا يجب الاعتصار إذا مرض ما وهبه لولده وقت جواز الاعتصار وهو أوضح من أم الولد إذ قد اختلف هل لمالك العبد أم لا؟[193 أ] . ولم يختلف في ملك الولد. وعن ابن القاسم: لا يجوز له الاعتصار إذا مرض وكذا إذا مرض الولد، واختلف إذا صح هل يعود[1] الاعتصار أم لا.

ابن الحاج: يجب على من قام على غائب إثبات الدين وملك الغائب وحيازته عند القاضي وثبوت الحيازة عنده وغيبة المطلوب وأن يقيّد بحيث لا يعلم ثم يحلف إنه ما قبض من دينه شيئاً ثم يقضى له ببيع الملك ويقضى دينه وترجى الحجة له. فإذا قدم وأثبت أنه قضاه فلا سبيل إلى نقض بيع الملك ويرجع على الطالب بما قبض من الدين. وحكى التونسي في كتاب الاستحقاق أن له نقض البيع ودفع الثمن للمشتري. وفي العتق من الواضحة ما يدل على هذا في مسألة من أعتق شركاً له في عبْدٍ.

قلت: ومثله في كتاب التخيير قال: ينفذ البيع إذا مات لأنه لم ينفذ إلاّ على الذمة.

وفي الطرر: إذا ادّعى الراهن أنه دفع إليه الديْن وأنكر المرتهن فإن لم يشترط في العقد التصديق وأقام بيّنة على الدفع انتقض البيع وإن لم تقم بينة حلف المرتهن ونفذ البيع وإن نكل حلف الراهن لقد أوفاه وسقط الدين ويدفع المرتهن إلى الراهن. وإن اشترط الراهن التصديق في العقد فله شرطه وينفذ البيع، قاله ابن فتحون. قال: وهو مثل ما حكى التونسي وخلاف ما حكى اللخمي.

---

(1) ثلاث جمل سقطت من ج.

وفيه: من وجبت له يمين وشهد على ذلك من نظره.

وفيه: وأما تفليس الغائب حتى يقضى دين من لم يحل دينه وتكون من وجد سلعته في التفليس أحق بها. فإذا جهلت حاله في غيبته فلا خلاف أنه لا يقضى بذلك في الغيبة القريبة حتى يكتب في أمره ويكشف عن حاله. واختلف إن عُلم ملاؤه في بعد غيبته فقيل يُفلّس وقيل لا. ابن رشد وهذا اختلاف إنّما هو إذا كان على مسيرة عشرة أيام ونحوها، وأما مثل مسيرة الشهر ونحوه في مثل مصر من الأندلس فلا خلاف في تفليسه وإن عرف ملاؤه.

ابن الحاج في أحكام الشعبي: الذي يجب أن لا ينادي على مال الميت المدين حتى يستكمل ما يجب من معرفة أعيان أهل الديون واستحلافهم ثم يجب لهم بيع مال الميت ينادى عليه ويبيعه الناظر ويقضي الدين. وذكر القاضي أن في الغرماء صغيراً فإن عرفتَ عينه عند القاضي فقد وجب النظر له لأنه ممّن لا يمين عليه لصغره، أو لولاية إن كانت عليهم يباع له كما يباع للجميع، قاله ابن لبابة وغيره. انظر قوله: من في ولاية ليس عليه يمين، وهي يمين استبراء. وفي وثائق الجزيرى: إنه يُجعلَ لمن عليه ولاية، فإذا رشد فإن حلف جاز له ما أخذ وإن نكل حلف المدعى عليه واسترجع ما أعطى.

قلت: تقدمت هذه الأخيرة.

وفي الكافي لابن عبد البر: من وجد متاعه بعينه عند مفلّس فلم يأخذه كان له أخذه بعد موته إلاّ أن يشاء الغرماء إنصافه من حقه إذا كان الغريم غائباً فإنه يباع ماله لغرمائه ولا خلاف في ذلك كما لو كان حاضراً. إلاّ أنه يختلف، هل يُسْتَأْنَى بذلك إن خشي أن يكون عليه دين؟ وقيل: لا يُسْتَأَنَى لأن له ذمة. وهو قول مالك في رواية ابن وهب في بعض روايات المدونة. وقيل: يُستأنَى كالميت الذي لا ذمه له، وهو قول ابن القاسم في المدونة. وهذا في الحاضر أو القريب الغيبة، وأما بعيد الغيبة فلا خلاف في وجوب الاستنابة إذا خشي أن يكون عليه دين.

ابن الحاج عن إسماعيل القاضي: يحل الديْن المؤجل بموت المديان لأنه

قبل الميراث، والميراث يجب بالموت فيجب قبله الدين معجّلاً لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾[1].

قلت: في تفليسها وما كان على مفلس أو ميت من دين مؤجل فإنه يحلّ حينئذ، وما كان له من دين مؤجل فإنه إلى أجله وللغرماء تأخيره إلى أجله إن شاؤوا أو بيعه الآن.

ولبعض مشائخ المذهب أنه لا يحل الدين بموت الغريم، وأخذ من القراض: إذا مات العامل بقي القراض في يد الورثة مع أمنهم وفي الأخذ نظر إذ العمل إنّما هو في عينه وكون الورثة يقومون مقامه استحسان.

وللخمي في كتاب الأكرية حين ذكر موت المكتري قبل تمام الأجل، هل يعجَّل الكراء من تركته لأنه قبل الميراث أو لا يعجّل لأن العوض وهو السكنى لم يقبض؟ ثم قال: فإذا قيل: إن الميت في تلك المسألة لم يفلّس وأن الورثة يضمنون أو يأتون بضامن إن لم يكونوا مأمونين، ذلك لأنه لا ميراث قبل الديْن. ويلزم على هذا إذا مات قبل الأخذ وقد قبض المبيع وكان الورثة مأمونين أو أتوا بضامن أن لا يتعجل الدين. وذهب إلى هذا ابن القصار فقال: إذا مات الغريم قبل الآخذ إنّما يسقط الأجل بموته لأن [193 ب] الديْن كان متعلِّقاً بذمته، فلما سقط الأصل المتعلق به انتقل الديْن إلى تركته، فإن ضمنه الورثة تعلّق بذمّتهم، وإن لم يضمنوه قُبِض من تركته لأن التركة لا يؤمن عليها. قاله في تضاعيف كلام وقع له في اللعان.

وفي الطرر: يجب على القاضي أن يُعلم الطالب بوجوب أخذ الحميل له إن كان ممن يمكن أن يجهل ذلك فإن تركه وإلاّ قضى به. وكذا الحميل في الدين يحل على الرجل فيُسأل المطلوب أن يؤجل به حتى يحضره فيرى ذلك القاضي ويحكم له على الطالب. وكذا كل ما حكم به القاضي للرجل بما يوجب عليه الضمان، وأما إذا لم يحكم بما يوجب عليه الضمان فلا يحكم عليه بالضمان حتى يسأل ذلك الطالب، وليس عليه أن يُعلمه بوجوب ذلك.

---

(1) سورة النساء، الآيتان: 11، 12.

ابن حدير: في من قام على امرأة بدين فتفالستْ وقالت: لا شيء عندي، فقال لها: لك في موضع كذا وكذا، فأنكرت، فقال: هو عليّ بثلاثين ديناراً وأسْقَطيه من الدين بكل حال وجدت شيئاً أو لم أجده، فلجّتْ في الإنكار وأبت أن تسعفه بما قال.

فأجاب أيوب بن سليمان بقوله: قال عليه الصلاة والسلام «مطل الغني ظلم» وقال «الواجد محل عرضة وعقوبة» وقال «لصاحب الحق اليد واللسان». وكان شريح إذا قضى على رجل بحق قال: اربطوه - وربْطُه: الحبس - حتى يغرم. وعن أصبغ: ليس في حبسه حدّ معلوم وإنّما يحبس بدياً قبل أن يُعرف أمره حتى يتبين أو يحبس على التهمة. وإن كان له مال فيحبس أبداً حتى يتبين عدمه بالبيّنة. وذكر بعض ما تقدم في المعروف بالمال من الحبس الطويل والضرب. وأن قاضي قرطبة حبس تقريباً من سنتين حتى أنصف.

قال: ولا شيء أدل على لدَد هذه من أن يدعوها غريمها إلى ما دعاها فتأبى إلاّ الجحد، فاحْبِسْها حتى يكون أحد ثلاثة أوجه؛ إما أن يكتب إلى رجل يثق به من تلك الناحية فيبحث عنها أو تجيب إلى دفع المال أو يكشف عن باطن أمرها أهل المعرفة في الناحية(1) المذكورة للطالب، ولا تزال في الحبس حتى يتمّ نظرك بينهما.

وروى عيسى عن ابن القاسم في عبد بيع فأبق ثم أفلس مشتريه قال بائع العبد: أنا أحاصُّ بالثمن، فإن رجع العبد يوماً أعدتُ ما قبضتُ وأخذت عبدي فليس ذلك له، وله الرضا بابتياع العبد وترك طلبه ولا شيء له غيره أو يحاص وليس لواحد منهما معرفة بالعبد فكيف بما يعرفه الغريم بعينه معرفة يقين ويرضى أخذه.

وعن عبيد الله بن يحيى: لا شيء أرْجَى لثواب الله من الحمل على أهل اللّدَد والاستبلاغ في حبسهم وتأديبهم كما فعل سحنون. ولا لدد أبْيَنَ من تأبي

---

(1) جملتان سقطتا من ج.

هذه المرأة عما دعاها إليه غريمها، فاستبلغْ في حبسها، فأرجو لك بذلك الثواب وعظم الأجر.

قلت: في مديانها: لا يحبس في الدين حر ولا عبد إذا لم يتبيّن لَددهُ ولا اتُّهِم أن يكون غيّبَ مالاً، ولكن يستبرىء أمره أن يحبسه قدر تلوّمه في اختباره وكشف حاله أو يأخذ عليه حميلاً بذلك، فإن لم يجد شيئاً لم يحبسه.

وفي المقدمات: من جهل حاله يحبس بقدر ما يستبرأ أمره ويكشف عن حاله ويختلف باختلاف الدين.

ابن حبيب عن ابن الماجشون: يحبس في يسير الدريهمات نصف شهر وفي كثير المال أربعة أشهر وفي الوسط شهران.

قلت: يحتمل أن يكون المال الكثير نصاب الذهب كما قال ابن الجلاب في نحوه.

قال: وإن أراد إعطاء حميل حتى يستبرىءَ أمره فله ذلك، التونسي: يريد بالوجه لا بالمال في قول ابن القاسم لإحضاره عند انقضاء المدة التي يجب فيها سجنه، فإن أحضر برىء من الضمان وحبس إن تبيّن له مال حتى يقضي، فإن تبيّن فقره أطْلق بعد يمينه، فإن لم يحضره غرم إن تبين أنه عديم لليمين اللازمة له. وقال اللخمي عن ابن القاسم: يُقبل منه الحميل، قال: ومنعه سحنون والأول أحسن إلاّ أن يعرف باللدد. عياض: حمل بعضهم قوليهما على الخلاف. وقيل: قول سحنون[1] إنّما هو في من هو ملدّ ظاهر الملاء.

وسئل المازري عن قاض باع على غائب ربعه لدين قيمَ به عنده عليه بعد تقصّي الواجب فيه، وسجّل على نفسه بالبيع وترك فيه تسمية شهود الدين الذين ثبت بهم وقضى بهم الدين وبقي بعض الثمن عند المشتري، فقام بعض قرابة الغائب وأثبت الغيبة واستدامتها إلى حين قيامه، وشهدوا أنهم لا يعلمون للغائب وارثاً إن مات سوى هذا القائم [194 أ] ورغب في نقل مال الغائب إليه إذ هو

(1) جملتان سقطتا من ج.

أقرب الناس لميراثه متى ثبتتْ وفاته. فنظر قاضي الوقت في ذلك وأمر بإحضار سجل القاضي الأول وفسخه، فهل له ذلك أم لا؟ وهل له نقل المال إلى من ذكر أم لا؟ وهل حكم الأول صواب أو لا؟ وقال بعض الطلبة: ينقل المال، وقال الآخر: فعل الأول صواب ولا مقال للطالب.

فأجاب: الحمد لله الذي لا يحمد سواه، ولا يستخار في جميع الأمور إلاّ أياه، ونستعيذه أن نكون ممن غلب عليه هواه، فجعل الجهل منقلبه ومثواه، إليه أرغب أن لا يجعلنا ممن يظن أن العلم لفظ ومعناه الدعوى، والاستحقاق عند العامة بالفتوى، وهيهات ما العلم إلاّ ما شهد به أهله، وما العلم إلاّ من أعرب عنه فضله، وليس الفقه عند من قال أنا، وقنع بالمدحة والثناء، وقد أهمل في زماننا وضع المراتب في مواضعها عند مستحقها، فأعوذ بالله أن أكون ممن اتبع هواه، أو عدل عن الحق وطلب سواه.

وقد تكررت هذه المسألة من جهتكم مراراً واتّخذتم الرجوع فيها وطناً وقرارً، وأنا ـ إن شاء الله ـ آخذٌ في جوابكم عن السؤال، وطالبٌ فيه الاختصار والإقلال، فأقول: اختلف العلماء في الحكم على الغائب على ثلاثة أقوال: فذهب بعضهم إلى عدم الحكم عليه من غير تفصيل، وعن بعضهم يُحكم عليه في الأموال والرباع دون الاستحقاقات فيها، وذهب بعضهم إلى الحكم عليه جملة من غير تفصيل. وإذا قلنا بالحكم عليه فعلى الحاكم أن ينظر له كما ينظر لمن حكم به عليه، ومن النظر له تسمية من حكم له بشهادته عليه[1] ووضع أسمائهم في الحكم المنعقد بين يديه، وما علمت في ذلك عندنا خلافاً يُعتمَد عليه.

وأما الحاضر فالخلاف في تسمية الشهود في الحكم عندنا موجود كما علمت إلاّ أن الصواب عندي في ذلك يرجع إلى حالة الحاكم، وذلك ينقسم إلى ثلاثة أقسام: ظاهر العدالة وضده ومستور. فالأول سواء عندي سمّى أو لم يُسمِّ، والثاني واجب عليه عندي في حقه التسمية لأنه موضع التعقب عليه مع قيام المحكوم عليه، وأما الثالث فله الترك والأحسن عندي التسمية.

(1) جملتان سقطتا من أ.

وما ذكرتَ من نقل المال إلى الوارث فذلك خطأ ممن فعله وجهل ممن قاله لوجوه ليس هذا موضعها.

وأما ما ذكرتَ من فسخ الحاكم الثاني لحكم الأول لتركه تسمية الشهود فيه فهو جهل ممن وقع فيه وسجل به عليه، وليس هذا ما يلزم الحاكم النظر فيه إلاّ مع قيام المحكوم عليه أو وكيله أو وارثه وبعد استيفاء حجج من له في ذلك حق. فإن جهل الحاكم وأخطأ نُقِضَ حكمه إجماعاً ورد الحكم إلى ما كان عليه. والمعتمد عليه أن كل أمرٍ ثُبُوتُه وإبطاله على اختيار شخص فالحكم فيه بالصحة والإبطال، قيل على ما عندي من وقف عليه محال.

ولو قدم الغائب فأقر بوقوع الحكم على الصواب، فظهر الخطأ في الجواب، ولو ادعى المدفع في ما حكم به عليه لم يبطل بمجرد دعواه للحكم، ولا بد من الإعذار إلى غرمائه، ومعرفة حجج خصمائه، فإن أحضروا وثائقهم المتضمنة لديونهم ووافق كل عقد منها ما نسب الحاكم بثبوته عنده للقائم بعقود الديون وثبتت عند الحاكم الثاني عقود الديون كلّها فالتي ذلك الحاكم الأول ثبوتها عنده لم يكن للقائم كلام وإن لم يثبت منها عقد واحد من البيع في الأول فلا سبيل إلى نقضه لأن ما يوجبه عقد واحد من البيع لقضاء الدين يوجبه جميعها، فإن ثبت من شهودها شاهد واحد حلف القائم به ما شهد شاهده إلاّ بحق، ولا يحلف يمين القضاء لتقدمها، وإن نكل عنها حلف القائم وأخذ منه ما قبض من الدين ولا تعلق له على الحاكم الأول في هذا الوجه.

وأما إن لم توجد الوثائق وجهلت الشهود في تقديم الحاكم والمحكوم له كلام ليس هذا موضعه.

ابن فتوح: من وجبت عليه يمين فقال: أحلفها، وأنكر الآخر فلا بد من يمينه فحينئذ يحلف المطلوب. وفي الطرر لبعض الشيوخ: لا يمين عليه ويحلف من وجبت عليه اليمين والأول أولى، من الاستغناء.

وسئل اللخمي عن الرجل يدّعي على الرجل بدعوى فيقول له: احلف إنك ما حلفتني أحلف لك. وما تقول في من يعترف بدين وثبتت البينة أنه ما

عنده ما ينحلّ إلاّ من ربعه فيريد غريمه أن يحلفه فهل تلزمه يمين؟ وكيف إن ادعى الغريم أن صاحب [194 ب] الدين يعلم ذلك فيقول احلف لي إنك ما تعرف أن ما عندي ما ينحلّ إلاّ من ربعي؟ وإذا غصب نصف شيء مشاع بسبب مالك النصف، ممن تكون مصيبته، من الذي أخذ لسببه أو منهما جميعاً؟

وكنتُ رأيت في جواب للشيخ أنه إذا قام إنسان بشفعة سفيه بعد رشده، فقلت: في جوابك إنه إنّما يراعى إن كان له مال يوم وجبت له الشفعة، أو لم يكن له حينئذ مال فلا شفعة له، وإن كان مال فإن كان من حسن النظر الترك فلا شفعة له يُرَاعى يوم وجوبها، فهل هي رواية للشيخ أو من رأيِهِ؟ وكنت كتبت للشيخ أبي القاسم شيئاً من هذا ولم يذكر شيئاً من ذلك. وهذه نازلة كثيرة الوقوع ولا بد من رشد السفيه لأن أحواله تنتقل، فاشرح لنا ذلك. ومن يشهد له بالرشد يشهد له بحسن النظر في المال ولا يذكر الدين وفيه خلاف كما علمت.

فأجاب: بأن لا يمين على الطالب في ذلك، ولو مُكِّن الناس منه لدخل عليهم ضرر عظيم لأنهم يهابون الأيمان فلا يقدر الطالب أن يصل إلى الطلب والمحاكمة إلاّ بعد يمينه، وتُقابَل يمين بيمينٍ بمنزلة يمين المطلوب بعد ثبات عدمه من باب التهم، وهي تضعف مرة وتقوَى أخرى على قدر ما يُظَنّ بالمطلوب، فرب مطلوب مشهور بقلّة ذات اليد فمثل هذا لا يمين عليه ـ وهو قول مالك في المبسوط ـ ورب رجل يُتَّهَم أن عنده مالاً فيحلف ولا يمين له قِبَل الطالب ومصيبة المغصوب من المالكين جميعاً فلا شيء على الشريك من ذلك. وأما مسألة الشفعة النظر فيها يوم وجبت له الشفعة. أما روايته فلم أقف علبها في ذلك وهو قياس على قول مالك في مسألة العتق إذا أعتق[1]. . . عبداً وهو معسر ثم أيسر فجعل مالك إذا كان لو رفع[2] إلى الحاكم ليحكم عليه بتمام العتق لم ينظر إلى يُسره، وهذا أحد قوليه وهو الصواب والقياس، لأن من حق المشتري أن يرفع الصغير إلى الحاكم فيأخذ له أو يترك له. ولو قال الحاكم:

(1) كلمتان غير مقروءتين في ج.
(2) جملتان سقطتا من أ.

يؤخّر ذلك إلى رشده لم يكن ذلك له، فإذا كان من حقه أن يوقفه له حين البيع فيأخذ له أو يسقط حكم الشفعة على المشتري. وكان هذا لو رفع إلى الحاكم لم يأخذ له بهذه الوجوه إما لعدم من له شفعة أو لأنه ليس بحسن نظر لم ينظر إلى ما حدث بعد ذلك.

ولهذه نظائر كثيرة مع ما ورد عن النبي ﷺ أنه قال في الشريك يريد البيع «لا بيع حتى يأذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك» فإن باع ولم يأذنه فهو أحق. فمعلوم أن هذا لو أذن أو أعلم هو أو من ينظر له لم يأخذه له فجعل تعلق حق الشفيع قبل انعقاد البيع. وهو الذي ذكرته في مسألة الصغير من العلم الجليّ الصحيح، وإنّما يغمُضُ أول النظر فإذا بيّن وضّح صحته لمن قرأ أصول العلوم وما بنوا على مذهبهم.

وما ذكرته أنك كتبت به فليس حجة إلاّ أن يكون ذكرت له هذه الوجوه فأبْطلها فيكون قد وقع له ذلك الوقت ما يرجع عنه في أي حال والصحيح من القولين أن السفيه لا تراعى عدالته في الترشيد لإجماعهم على أنه متى علم ممن لم يتقدم عليه ولا[1]... الدين أنه لا يحجر عليه. ولم أجد للقول في مراعاة الدين وجهاً إلاّ أن يُقال إنه متى مُكّن من ماله توصلّ به إلى فساد إذا كان ممن يشرب خمراً أو غير ذلك من وجوه المعاصي، فكان في حبس ماله صيانة له عن ذلك، فهو من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لأن الرشيد في ماله يتّجر ويُنْمي ماله ويشرب الخمر ولا يضرب على يديه لأن ذلك مما لا يقدر عليه ولا يقدر على بقائه على حاله، فأما إن كان غير عدل في القول لأنه يكذب فلا وجه لمنع ماله عنه.

قلت: اختيار الشيخ في مسألة الحلف الأولى مثل ما تقدم في الاستغناء واختيار عدم الحلف في مسألة دعوى علم الفقر. وتقدم أن شيخنا نقل عن بعض قضاة تونس ممن أدركه أنه يقول به، وقال شيخنا: وهو حسن [195 أ] في من لا يُظنّ به علم حال المدين لبعده عنه.

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصلين.

وأما مسألة الشفعة للسفيه فعندي أنها تتخرج على مسألة شراء الوصي لنفسه من مال محجوره، فهل ينظر فيه يوم وقوعه أو القيام أو الأحسن لليتيم؟ كما هو ظاهر آخر كتاب الدور أنه يعاد إلى السوق. وكذا مسألة مشي الحالف من حيث حلف أو حنث أو الفرق بين الحنث والبر، إلى غير ذلك من مسائل المذهب من مسألة اليتيم وقدوم الوالي يوم الجمعة وعتق الأمة في الصلاة وموت الموكل أو عزله، وسبب الخلاف هل النظر يوم النزول أو البلوغ؟ إلى غير ذلك.

وسئل ابن أبي زيد عمن دايَنَ بعض ولده فلم يقبضه منه وسكت عنه حتى مات.

فأجاب: سكوته عنه ليس بحطيطة له، وإن حط عنه في مرضه فذلك وصية لوارث.

قلت: هذه مسألة يطالب فيها بكل حال بخلاف النفقة عليه فإن فيها تفصيلاً فقال ابن فتحون: إذا أبقى مال ولده وأنفق من عند نفسه ثم مات الأب وأراد بقية الورثة محاسبته فإما أن يقول حاسبوه أو لا تحاسبوه أو يسكت فيعمل على ما قال أولاً وثانياً وإن سكت فإما أن يكتب بذلك أم لا، والثاني لا يحاسب عليه، والأول إما أن يكون مال الولد عيْناً فلا يحاسب بذلك وإن كان عرضاً حوسب قاله ابن القاسم ورواه عن مالك. ولابن يونس في إرخاء الستور نحو من هذا. وقال ابن رشد: هو على أربعة أحوال؛ إما أن يكون ماله عيناً قائماً في يد الأب أو عرضاً قائماً بيده أو استهلكه وحصل في ذمته أو لم يصل بعد إلى يده. انظرها في سماع أشهب من طلاق السنة وفي أول طرر ابن عات.

وسئل أبو محمد أيضاً: عمن هلك عن مال حرام من ربا أو غيره هل يطيب ميراثه لورثته؟ وعن الاختلاف في ذلك.

فقال ابن شهاب: تجوز وراثته، وهو قول الحسن البصري وأباه القاسم بن محمد وغيره. ومذهب مالك وأصحابه إن كان حرامه من جهة الغصب فليُرَدّ ذلك إلى أهله إن عُرفوا، وإن لم يعرفوا فينبغي للوارث أن يتصدق به ويؤمر

بذلك ولا يقضى عليه. وإن كان من جهة فساد البيع والربا ومنع الزكاة فيُؤمر الورثة بالتمسك برأس المال إن عرفوه وتصدقوا بما بقي، وإن لم يعرفوه تصدقوا بالجميع يؤمرون ولا يخيّرون وهذا أدخل في الوراثة من الأول، وأهل الورع لا يرضون بالتمسك به.

ووجد بخط خلف بن عبد الرحمن القابسي جواب نسخته: المشرقي[1] لا يرث المسلم سواء كان ورثته ولداً أو عصَبة أو زوجة وميراثه لجميع المسلمين وأما مهور نسائه أو ديون غيرها إن كانت عليه فينظر في هذا المشرقي فإن كان مع كفره غاصباً يجبي أموال الناس وتحت يده رعايا وفي يده عقود قبالات أو نحوها حتى تكون قد استغرقت ذمته بالغصوب، فهذا لو كان مسلماً لم يقض لغرمائه ولا لنسائه بمالهم عليه من دين أو مهر وإن كان الدين عليه لامرأته أو غيرها من غرمائه مثل حكم مَن له دين سائر من له عليه غصب أو تعدٍّ، بل لو كان الأمر يفترق لكانت ديون الذين أخذت منهم غصباً أحق من ديون الذين أعطوها طوعاً، ولكن الحكم[**118** أ] [2] سواء فلا يجوز أن يأخذ بعضهم دون بعض.

فحكم المال الذي هذه صفته أن يفرّق في الفقراء والمساكين فإن كان في ورثته أو غرمائه فقير أعطوا من ذلك المال بالاجتهاد، وجائز أن يُفَضّلوا على غيرهم إن رأى ذلك المتولى نظراً، وإن كان المشرقي تاجراً لا يُعرَف بغصب ولا شيء مما قدمناه فلنسائه أن يُسْعَفن بمهورهن ويأخذنها مما ثبت أنه من ماله من ربع أو غيره وكذا سائر غرمائه.

ومن ادّعى أن له في يد هذا المشرقي ربعاً بعينه أقام عليه البيّنة ومُكّن من ذلك فإن أثبته بموجب أخذه. ومما أجاب به السيوري عن أموال مستغرق الذمة: ومن كان مستغرق الذمة فلا يحكم له بما ليس له إن وجد فيه الحكم

---

(1) المشرقي، يجمع على مشارقة: تسمية أطلقها أهل السنة بإفريقية على الشيعة من العبيديين بداية من القرن الرابع الهجري.

(2) إلى هنا ينتهي النقص والإنقطاع الطويل الذي حدث في المخطوط ب، ولذلك نعود إلى تحقيق النص اعتماداً على ثلاث مخطوطات هي أ و ب و ج، ونعود كذلك إلى اعتماد ورقات المخطوط ب في ترقيم بقية هذا الجزء.

بالحق وإلاّ فلا يحكم له بما ليس له ولو كان عين الغصب وما بأيديهم إذا لم يُعلم له مالك معروف ولا يعرف ملك ورثته ولا من يستحقه على حال من الأحوال، ولا يمكن أن يحاصَّ في ماله بتَحَرٍّ ولا غيره إذ لا يتحصل ما غصب ولا قربه ولا يمكن تحرّيه. فإن كان ممن غصبه فقيراً فيُفرق ذلك عليهم أو يعطى منه من كان فقيراً قدر ما يرى. وإن كان لا يوجد في من غصب مستحق الصدقة وكان حكمه حكم الفيء وذلك حكم ما في بيت المال، فيُنظر ما هو أنفع فيُعمل إما الصدقة وإما بناء القناطر أو جميع ما يصرف فيه متاع بيت المال. وقد وقع فيه قولان أحدهما يوضع ذلك في بيت المال والآخر في الفقراء، وهي ترجع إلى قول واحد.

وسئل أبو محمد عمن وضع ولده في الكتّاب ثم أفلس هل للمؤدب أجرة؟

فأجاب: إن وجبت عليه أجرة في ما مضى حاصّ بها الغرماء، وأما في ما يستقبل فلا محاصّة له، وإن استأجره على تعليمه مشاهرة ففلس فلا يجوز له أن يأخذ مما يجد في يد الأب في الشهر من الإجارة ولو لم يفلّس إلاّ أنّ الدين أحاط بماله فله الأخذ منه ما دام الأب[1] قائم الوجه. فلو قال قائل: إن الكراء إذا كان مشاهرة وهو قائم الوجه فلا يجوز أخذ شيء لم أعِبْه.

وسئل السيوري أيضاً عمن صار له نصف جنة ورثه عن مشرقي فأراد أن يطيّبهُ ويفعل ما يجب في طريق العلم فأخرج شهوداً قوّمُوها وأخرج ثمناً بحضرتهم وكتب بذلك وثيقة، فبعد ذلك طالبه القاضي فأخرج الوثيقة فقال له القاضي: ما نجيز لك ما فعلت وشهوده بذلك ثقات مأمونين مشهورين بما فعل، فهل يعترض القاضي أم لا؟

فأجاب: لا أعتراض على الرجل في ما فعله.

وسئل المازري عن رجل مستغرق الذمة أراد التوبة فاستفتى فقهاء موضعه فأمر بتقويم ما في يديه ويحمل كل ما حصل عليه من ذلك دنانير معلومة، فهل

(1) جملتان سقطتا من أ.

يجوز له مبايعة قوم يبايعون العرب؟ وهل مبايعته إياهم حرام أو مكروهة أو حلال؟ وهل يجوز له صرف ما يلزمه من زكاة الزرع في ما حصل عليه من التقويم حتى يعرف ما ترتب عليه منه وأن يضاف إلى القيمة صداق امرأة وهو مائة دينار مرابطيه، هل هذا الصداق والقيمة يسقط عنه زكاة الزرع أم لا؟

فأجاب: بأن البسط يطول في هذا ويقتصر على ما يُرجى في هذا ما فيه الرشاد: فأما استباحة المال الذي يكسبه من وجه لا يحل بالتقويم والصدقة بقيمته فاعلم أن هذا الذي اشتهر عند من يفتي في هذا الزمان فليس بأصل، والأصل التبري منه وإزالة اليد عنه وصرفه إلى من يستحقه على الفور. لكن ما أفتى به أيمتنا واعتذروا عما أفتَوْا به لما باحثتهم عن سبب عدولهم عن الأصل الذي قررته فإنهم لو أمَروا كل من يسألهم ممن أراد التوبة من الأعراب[1] وغيرهم بأن يخرجوا عن كل ما في أيديهم ويصيروا فقراء لم يسهل عليهم ذلك وكان داعياً لهم إلى بقائهم على ما هم عليه من استغرام من تحت أيديهم من المسلمين وقطع السبُل فراراً من الاجتهاد أن ينقلوهم عن غصب رعيتهم وقطع سبُلهم. فإن أمروهم بالتوبة من ذلك والكف في المستقبل وسهل عليهم الطاعة في ذلك وما حصل في أيديهم من الأموال قد لا يطيعون في ذلك وتؤدي مخالفتهم إلى البقاء على [118 ب] ما هم عليه فراراً من المصلحة من تأخير الإخراج لهذا لمال وتباح لهم التجارة فيه ويخرجون قيمته شيئاً فشيئاً بحسب ما يسهل من ذلك على النفوس.

فإذا تقرر أن الأصل الإخراج فيجب أن تبادر للإخراج وتُغَالِب نفسك فيه ويستحب لك أن تُبْقَيَ بيدك ما لو كان إمامٌ عادل لأبقاه في يدك لأجل فقرك وحاجتك مقدار ما يقوم منه أَوَدُك.

فأما إخراج زكاة الزرع فلا بد منه بنية الزكاة، وما سوى ذلك تفعل فيه ما رسمت لك. والمرأة إذا كانت غنية لم تستحق أخذ هذا الصداق الكثير من هذا

---

(1) المقصود بالأعراب هنا أعراب بني هلال في زحفتهم على إفريقية بعد أن أرسلتهم الدولة الفاطمية الشيعية بمصر انتقاماً من أهل إفريقية الذين لم يقبلوا اعتناق المذاهب الشيعية.

المال، وقد يباح لك أن تعطيها مما أخر بقاؤه في يدك مقدار ما لو كان إمام عدل لأبقى في يديك مقدار ما تتزوج به ويبقى ما زاد على ذلك ديناً عليك. ولو كانت الديون بمبايعات بالقيمة والمال حرام لا يُعرف أصحابه فيُردّ عليهم: لم يستحق البائعون جميع الأثمان فكيف بالصداق الذي هو أخفض رتبة من الحقوق المالية.

وأما مبايعة الأعراب بأنفسهم والذي في أيديهم حرام لا يُعرف أصحابه يُردّ عليهم بأنّ العلماء اختلفوا في مبايعة مستغرقي الذمة بالقيمة، هل يجوز ذلك لأنه لم يضرّ المساكين بهذه المعاملة لأنه أعطى مقدار ما أخذ، ويكون ذلك ممنوعاً لأنه يتصرّف في مال غيره وهو المساكين بغير إذنهم. وفصّل بعض الشيوخ تفصيلاً متوسطاً لا حاجة لبسطه هنا. فمبايعة من بايع الأعراب أخفض مرتبة لأن الخلاف في الأصل وهذا فرع عنه، لا سيما إذا كان الذين يعاملون الأعراب القيمة يقلدون من أباح معاملتهم. وقد اعتذر بهذا السيوري عن نفسه لما كان يمنع من أكل لحوم الأغنام لكون الولد عنده يرد مع الأصول والأمهات. وكان يكري داره ممن يدبغ فيها الجلود فأشار إلى قريب من هذا القدر وأن الذين يشترون الجلود قد يكونون قلّدوا من أباح أصل المعاملة.

وسئل بعض الفقهاء عمن تاب وبيده مال حرام لا يعرف أربابه وليس معه غيره، هل يأخذ منه ما يقتات به أم لا؟

فأجاب: قال الداودي: توبته تزيل ما بيده إما للمساكين أو ما فيه صلاح المسلمين حتى لا يبقى بيده إلاّ أقل ما تُجزي به الصلاة وهو ما يستر العورة إلى الركبة وقوت يومه لأنه الذي يجب له أخذه من مال غيره إذا اضطر وإن كره، وفارق المفَلسَ لأنه لم تصر إليه أموالهم بالعداء بل هم صيّروها له، فله لباس وما يعيش به الأيام.

قلت: هذا هو الأصل الذي ذكره المازري ولكن استحسِنُ ما ذهب إليه المتأخرون.

وسئل أيضاً عن امرأة أخذت من مستغرق الذمة ملكاً حلالاً في صداقها هل يسوغ لها؟

فأجاب: لا يسوغ ذلك لأنه أعطاها ما لم يملك وهو كالمضروب على يديه شرعاً.

قلت: هذا نحو ما تقدم للداودي. وعلى القول بجواز المعاملة بالقيمة كالمديان يجوز إذا كان ذلك مما يصدق مثلها ولا سرف في تزويجها به كتزويج المديان غير المضروب على يديه. وسيأتي في ذلك مزيد بيان إن شاء الله تعالى.

وسئل أيضاً: هل يجوز عتق مستغرق الذمة أم لا؟ وإذا تاب العبد المعتق هل تصح توبته أم يلزمه شراء آخر؟

جوابها عن الداودي: عتقه مردود ووصاياه غير جائزة ولا تورث أموالهم ويسلك بها سبيل الله تعالى ويتصدق العبد بقيمته للفقراء والمساكين ويجتهد في ذلك وتُتحرّى قيمته نفسه وتصحّ توبته.

وسئل أيضاً: هل يجوز بيع مملوكة لقوم غاصبين يتسامحون في الفساد وعدم الغيرة وهم آكلون للحرام ويطعمونها منه؟

فأجاب: لا يجوز ذلك على مذهب مالك وقد منع بيع العنب ممن يعصرها خمراً ونحو ذلك من المسائل. ويأتي إن شاء الله تعالى من مسائل أموال الظلمة في كتاب الغصب من قول ابن رشد وغيره ما يشفي الصدور.

وسئل التونسي في مَن أوصى بدينٍ لغائب وهو مائة دينار، قال: وأخي يعرفه وهو المصدق، ودين لقوم بأعيانهم ببينة شهدتْ فقال الموصي: يباع هذا الربع من أخي ويدفعه عني لهم وهوالمؤتمن على جميع ذلك ولا يحلف، فدفع أخوه الوصية للقاضي فأخرج القاضي بيّنة إلى الرباع فقوموها وباعها منه بثمن معلوم[119 أ] ثمّ أعذر القاضي إلى بنيه في ما ذكر فقال البنات الرُّشَّد أو الذين في ولاية الأخ: ما علمنا أنّ على والدنا ديناً إلاّ ما يثبت عندك ببيّنة فأمضى القاضي عليهم الحكم وذكر فيه البنات الرّشَّد دون من هو في ولاية الأخ.

فأجاب: أما الغائب الذي له المائة دينار ولم يسمّه الميت وقال الأخ هو هذا، فالقول قول الأخ ويأخذ المائة كما أقرّ به الميت ولا مقال لورثته في ولايته

كانوا أم لا؟ إذا عدل من شهد على قول الميت ولم يذكروا فيه مدفعاً، وأما الذين لم يصدقوا وقالوا: إن لهم بيّنة تشهد بما أثبتوا حكم لهم به مع عدم المدفع، ويبقي القاضي مَن كان غائباً أو صغيراً على حجته.

وأجاب السيوري عن سؤال تُرِك اختصاراً فقال: إقراره في الصحة لا بينة بما أقرّ لها من صداق أمها يأخذونه، ولا قوله كنتُ استهلكتُ لك كذا، قوله هذا إذا كان في مرضه الذي مات فيه لا يؤخذ به، وقول الشاهد إذا كان في صحته أنّه تصدّق على ابنته بالحجرة في صحته وحيزتْ عليها جاز ذلك إذا كان قوله في صحته ويحلف مع من شهد لها إذا كان وحده، فإن لم يحلف وهي لا تحوز أمها رجعت اليمين على من ينكر ذلك من الورثة ممن كان بالغاً سفيهاً أو رشيداً وتبرأ.

ومسألة التي تحلف مع شاهدها إذا رشدت تحلف وتستحق ما شهد به الشاهد. والدنانير التي أقر بها في صحته إذا أعطى بها في مرضه ما لا يسوى فلا يلزمها ذلك وينقض بيعها ويلزم الإقرار. وما اختلف من الإقرار في الصحة لشخص واحد يؤخذ بأكثرهما. وما في المرض لوارث فلا يجوز، وما وصّى به لمن ينكح ابنته فهو ماض.

وأما النفقة التي سألتَ عنها فينظر إلى عادة أمثاله في بلده إذا أنفقوا على أولادهم، فإن كانوا يرجعون بها في الغالب فُعل ذلك، وإن كان الغالب عادة أمثالهم أنهم لا يرجعون فلا رجوع هنا لهم. فإن اختلفت العادة ولم تغلب واحدة على أخرى فترجع بعد يمين ممن يرث في ذلك أنهم لا يعلمون أنه ما أنفق على أن لا يرجع، وإنّما يحلف إنهم يعلمون ذلك.

قلتُ: تقدم الكلام بالرجوع بالنفقة بعد موت الأب واختيار هذا الشيخ بحكم العادة إذا ثبتتْ وهو وجه حسن. ولعل ما وقع في الروايات ترجْع إليه.

وقوله: وما أوصى به لمن ينكح ابنته فهو ماض يحتمل أن يكون هذا على قول ابن وهب ومن معه في من ضمن صداق ابنته في مرضه أنه ماض من الثلث، وعلى قول ابن القاسم لا يجوز وهي كالوصية لابنته يفسخ، وعلى قول

ابن المواز إن كان ذلك أكثر من صداق المثل رد الزائد ويحتمل الإمضاء على كل حال، لأن ها هنا الوصية لزوج الابنة وفي ضمان الصداق هو للابنة فافترقا.

وسئل التونسي عمن تصدّق على ولده الصغار في حجره بربع وورثوا ربعاً من قِبَل أمهم ثم باع الجميع لولده الكبير من غير حاجة وأقرّ بالقبض والاستيفاء وباعه ببخس وذكر أنه باعه في نفقةٍ عليهم وأكثر وله غلّة قدر نفقتهم وأكثر، وفعل ذلك هروباً من جدّتهم لأمهم مخافة أن ترثَ شيئاً منه عليهم، فهل هذا البيع جائز أم لا؟ وإذا لم يجز فهل يبقى بيد الأب بعد استرجاعه أم لا؟

فأجاب: لا يحتاج الأب إلى بيع الربع على ولده إلى اشتراط حاجتهم إلى النفقة وجائز بيعه عليهم من غير حاجة لأنه أنظر لهم، لأنه يرى أن البيع لهم أحظى من البقاء فلا اعتراض عليه في ما فعل إذا باع بمثل القيمة يوم البيع، فأما إن باعه بأقل مما يسوى بالأمر البيّن الذي لا يتغابن فيه الناس فظهر سوء نظره لهم وإتلاف لأموالهم والميل عنهم إلى إخوتهم بقصد إتلاف أموالهم والميل بها إلى إخوتهم أو غيرهم لم يجز هذا البيع ونُقِض ولم يمكنه القاضي من النظر في أموالهم إذا ظهر منه القصد إلى إتلافها أو الميل بها وبقاؤها مع هذا القصد في أيديهم إضرار بالأطفال.

قلت: [119 ب] ما حمل عليه أمر الأب أنه على النظر قاله أبو عمران في كتاب الشفعة من تعاليقه فقال: يحمل بيع الأب أبداً في الشرع على وجه النظر. وهذا معنى ما في كتاب ابن الموّاز: المراد به حتى يتبيّن خلافه، والوصي على غير وجه النظر في الرباع حتى يتبيّن النظر وأما غير الرباع فهما على النظر وهذا معنى ما في المدونة يقضى عليه لأنه كلما سئل عن الأب أطلق جواز بيعه إلاّ أن يكون غير نظر، وإذا سئل عن الوصي فصّل فيه وقال: إن كان على وجه النظر.

قلت: وظاهر نقل المتيطي وغيره أنهما سواء وأنهما يُحملان على وجه النظر حتى يثبتَ غير النظر. ووقعت وجرى الحكم فيها بهذا الأخير فانظر ذلك في كتبهم.

وسئل التونسي أيضاً عمن توفي والدهما وترك عقاراً من ضياع وغيره ثم

سافر أحد الأخوين وترك أخاه مقيماً بالمدينة فأقام بيّنةً أن أخاه سافر إضراراً به وطلب من القاضي قسمة الربع الذي ترك والدهما بينهما. فأجابه القاضي إلى ذلك بعد إثبات الملك وغيبة أخيه، فوكّل من قسم على الغائب عدا ربع المدينة، ثم توفي الغائب في سفره وترك أخاه المذكور وزوجته فطلبت تركة الزوج بصداقها ونفقة وجبت لها فأخرج الأخ وثيقة على أمهما أن له عليها سلفاً خمسة وعشرين ديناراً وأشهدت على نفسها ولدها الغائب الميت وكتب من شهادته بخطه وشُهد عند القاضي أنه خط الميت فقال القاضي: لِمَ لَمْ تقم بذلك قبل القسم، فكان من حجته أن الوثيقة كانت غائبة عني وربع المدينة لم يقسم وهو أكثر من الدّين وبُعد الوثيقة عني، وهل خط الميت حجة عليه كإقراره أم لا؟

فأجاب: للأخ القيام بما أثبت من الدين على أمه وله الحجة في ما ذكر من ربع الحاضرة أنه لم يقسم وفيه وفاء مع اعتذاره بغيبة الوثيقة وخط الميت على أمه بما أقرت به لأخيه حجة عليه لصاحب الدين إذا حلف أن هذا الدين ما سقط بوجه من الوجوه.

وسئل المازري عمن توفي وترك رباعاً وُرِثت عنه قبل بيع الورثة الرباع، وأقام كل واحد منهم وقتاً يستغلّ ما صار له منها، ثم أخرج الولد كتاباً بخط المورث مضمّنه استحقاق حق من حقوق ما صار إليه من الرباع بالمبايعة وأراد القيام بحقه في ذلك، فهل يحلف أنه ما رأى هذا الكتاب إلاّ الآن وأنه لم ير ما يقوم بإسقاط حقه في ذلك بعد عثوره على الكتاب؟

فأجاب: يحلف على الكتاب الذي يستحق به نقض القسمة إنه لم يعلم به، لأن ظاهر القسمة تسليم الأملاك التي قسمت. والجواب على ما أشرت إليه يناقض ذلك فمن حق خصمه أن يستحلفه إلاّ إن ثبت المطلوب باليمين أنه من الديانة والعدالة بحيث لا تتعلق به هذه التهمة. وأما استحلافه على أنه لم يرض بسقوط حقه بعد عثوره على الكتاب فيلزم إلاّ أن يظهر من طول الزمان بعد عثوره أو قرائن حال ما يستراب منه حاله هل هو راض بإمضاء حقه فينظر في هذا إذا ثبت.

وسئل السيوري عمن توفي وترك ورثة أحدهم محجورٌ وعليه دين لا يبلغ الثلث فقسمت التركة وقدم على المحجور من قسم عنه وقد بيعت بعض هذه الرباع المقسومة والدين باق وحالت أسواق بعضها فأراد من باع من نصيبه نقض القسمة لوجود الدين وإذا انقضت هل يرد لمن باع أو قيمته أو يفسخ البيع؟

فأجاب: القسمة وعليه دين لا تصح ويُرَدّ ما كان قائماً وثمن ما بيع، والله الموفق للصواب.

وسئل اللخمي عمن اشترى ضيعة من تركة رجل باعها وصية في ديون على الميت ووصايا وغير ذلك ودفع المشتري بعض الثمن وبقي عليه بعضه حالاً غير مؤجل، فطلبه الوصي عند القاضي ببقية الثمن وشدّد عليه وأحضره حتى أمر القاضي بوقف الجنان وأشهد أنه أبقى بقية الثمن في رقبة الجنان المبيع، وضرب على يد المشتري ومنعه من إحداث بيع أو غيره حتى يقضي بقية الثمن [120 أ] لمستحقّه وأشهد عليه ببقية الثمن لأهل الديون والوصية والورثة إلى أن يقبض كل واحد من ذلك ما يجب له. ولما كان بعد نحو من عام حضر المشتري مع الوصي مجلس القاضي المذكور في بقية ثمن الجنان المذكور وقال: أخاف أن يغيب، وأشهد في مجلس القاضي أنه إن غاب من هذا اليوم إلى مثله عن مجلس القاضي فيباع هذا الجنان ويقضى منه بقية الثمن، فأحضر المشتري بعد ذلك بقية الثمن وتوصل كل ذي حق منه إلى حقه. ثم بعد ذلك أُخرجت وصية الميت فوُجد فيها بعد هذه المذكورات ما بقي يجعل رقاباً للعتق وطلب ورثة الوصي وقد مات بعد نحو من أربعة عشر عاماً ورثة المشتري وقد مات نحو من اثنين وعشرين عاماً من موطن القاضي الذي دفع البقية وكانوا صغاراً في ولاية أمّهم فقال من ناب عنهم: ما مات مورّثنا حتى دفع ما كان عليه، وقد كان الوصي أجحفه عند القاضي حسبما تقدم، فهل لورثة الوصي مطالبة بعد ما تقدم؟

فأجاب: إذا كان المطالب به هذا الرجل مكتوباً جملته كذا وكذا فقبض منه جميع ذلك كان إخراج هذه الوصايا من القابضين لذلك، وإن كانوا أوْقَفوا ذلك وإنما قبضوا ما سوى الوصايا كان عليه أن يخرج ما أوقف عنده من ذلك.

وأجاب اللخمي أيضاً عن سؤال محذوف: إذا ثبت على هذا الولد ما وصفتَه عزل عن القيام بأمر أخته وكان مأخوذاً ومحاسباً في البيع بما شهدت به البينة إذا علم صحة الدين، وأما صداق الأم فلا يخفى وبيعه فيها ماضٍ إذا شهدت البينة أن ذلك الثمن لا بخس فيه، وإن كان فيه غبنٌ بين رد في البيع بقدر الغبن خاصة، وإن لم يثبت الدين ردّ البيع.

وأجاب أيضاً عن رجل أشهدَ على نفسه عدولاً وهو جائز الأمر أن جميع ما يلزم أخاه هذا المقر فقد لزمه فأراد زوج المرأة المتوفاة أخذ ميراثه عن زوجته مما أقرّ به أخوها أنه من تركة والدها وطلب الأخ بما يخصه مما أقر به أخوه.

فأجاب: إن أردتَ هل يأخذ الزوج من الربع الذي في يدي الأخ المتحمل أخوه ما يخصه على إقرار أخيه فذلك غير لازم له إذا أنكر هذا الأخ ما أقرّ به أخوه ويدعي أن ذلك ليس من تركة الأب لأنه لم يجعل له أن يقرّ عليه ولا أن ينتزع من يده شيئاً بإقراره.

وسئل اللخمي عمن توفي وترك بنين أصاغر وزوجة وأقام أخاه وصيّه على بنيه، فتزوجت واحدة من البنات وأجاز عمها ذلك وولي أخوها عقد نكاحها فدخل بها وتوفيت عنده وورثها هذا الزوج وأمها وإخوتها فطلب بعْلها بصداقها نقده وكَالِيه فقال: دفعتُ النقد للوصي فأنكر ذلك الوصي وأنكر الوصية أيضاً. فلما أخرج الصداق ذُكر فيه: أجاز ذلك عمها إذ هو الوصي، ووقعت شهادة العدول على ذلك فطلب الزوج ميراثه في نقد زوجته وقال: إني لما دفعته إليك لم تدفعه أنت إليها، واستدل بإنكاره الوصية وهي تستلزم عدم دفعه إليها.

فأجاب: يحلف العم إنه ليس عنده منه شيء ويبرأ، والشأن تشوير النساء بالنقد ولا يحبسه وصي ولا غيره بل يرغب في الزيادة عليه، ولو أمسكه الوصي أو غيره لم يخْفَ ذلك قبل الموت، وقد يشتري به الزوج ولا يصل إلى يد الوصي أو يجعل أخاها يشتري لها به، والله أعلم.

وأجاب أيضاً: القول قول الأخ في ما يقول إنه وداه من خراج ولوازم مما هو معروف بالعادة الجارية عندهم، ولا يقبل قوله في ما يدعيه من نفقة أو دين

إلاّ أن يقيم عليه بيّنة فيقبل منه، ولا يسقط لأجل ما تقدم من قوله. وكان في السؤال: كيف يقبل منك وقد أنكرت وضْع يديك على هذه الضياع قبل أن يقدمك القاضي وصياً فلما ثبت ادعيت ذلك وهي تستلزم تكذيبه.

قلت: هذه والتي قبلها يحتمل أن تجري على أحد القولين [120 ب] في من ينكر شيئاً فتُقام البيّنة بإثباته فيأتي بما يوجب قبول قوله. ولها نظائر كمسألة اللعان وكتاب التخيير والودائع والقراض إلى ذلك، وفيها ثلاثة أقوال ذكرها ابن رشد في شرحه. واختلف بما وقع الحكم به منها فلذلك صدقه في ما ذكر ويحتمل هنا إلاّ أن يكون بين الأول والثاني تنافٍ فتُعَرّى من الخلاف.

وسئل اللخمي أيضاً عمن تزوج امرأة وتوفيت عن زوجها وإخوتها وأمها فقام إخوتها يطلبون الزوج بميراثهم من الكالي فأثبت الزوج ديناً للزوجة على إخوتها وأمها وأراد المحاسبة والمقاصّة.

فأجاب: إذا كانت السكة واحدة فالقول قول الزوج، وإن كانت السكة التي عنده أدنى فرضي بأخذها فله ذلك أيضاً، وإن كانت أجْود أخرجها ودُفعت إلى عدل يبيعها ويشتري منها السكة التي له ولا يمكن الإخوة من قبضه.

قلت: في هذا الأخير نظر، إلاّ أن يكون ظهرت عليهم مخائل المطل والتغييب فيكون كما قال.

وسئل اللخمي عمن سلّفت زوجها مائة دينار وأخذت بها معه ربعاً ولهذا نحو من سنة ثم خرجت مع أهلها من البلد الذي فيه الربع لحادث خافوا فيه على أنفسهم وأموالهم ثم رجعت المرأة إلى البلد بعد زمان طويل وطلبت ربعها فأنكر ذلك من هو في يده ثم عثرت على الوثيقة بدفع الزوج ذلك لها وشهدت البينة، فسئل من هو بيده عن ذلك فقال: الربع لي وملكي ثلثه عن أبي بميراث، وشهد له شاهدان أنّ أباه لم يكن من أهل الغصب وأنه تناله الأحكام الشرعية وأن يد أبيه على هذا الربع وما علم زواله من تحت يد أبيه إلى وفاته، وللمرأة وأهلها من حين أخرجوا من هذا البلد نحو العشرين سنة وأن أهلها أخرجوا من بلدهم ورباعهم قهْراً وأكلتْ أموالهم وقشُّهم، وذكروا أن وثائقهم ضاعت مع ما ضاع،

فهل لهم حجة وللمرأة كذلك أم لا؟ وإذا وجب لها ذلك فما الحكم في ما استغلوه في هذه المدة؟ وحضرت المرأة مجلس القاضي وقالت لخصمائها فلان وفلان: كنت جالساً عند رأس أبيك وأنا أقول: يا فلان اتق الله ومكّنّي من مالي وفعلتُ ذلك مراراً.

فأجاب: إذا شهدت البينة بتقدم ملك المرأة وزوجها لذلك الربع وأن أيديهما كانت عليه إلى وقت خروجها عن البلد أو خفي على البينة هل خرجا وأيديهما عليه أم لا؟ فهي أحق به ولا يسقط ملكها عنه كون الميت ليس من أهل الغصب إلاّ إن شهدت بينة أن الميت على هذا الربع من قبل خروج هذه المرأة فيسقط ملكها عنه أو بالبلد سماع أن هذا كان اشتراه من هذه المرأة فلا مقال لها أو يعلم أنها رجعت بالبلد وأن هذا الربع محاز عنها حوز الملك وهي عالمة بدعوى الملك فيه ولا تنكر ولا عذر لها يمنعها من القيام والإنكار فيسقط قيامها.

وسئل اللخمي عمن كان أسلف القاضي خلفاً بن المازري أربعين ديناراً فعُزل القاضي وجرى عليه ما يستحقّه فظهر له هذا الرجل بكُتُب فهل يقوّمها ويقاصّ من دنانيره أو تباع ويتصدق بثمنها الآن لأنّ غرماءه كثيرون لا يعرفون أو توقف الكتب للمسلمين.

فأجاب: ينزه هذا الطالب عن أخذ دينه من هذا الخبيث أوْلى وأحْسن وأبْرأ، والصدقة بالثمن أحسن.

قلت: تقدم معنى هذه المسألة.

ابن الحاج: في رجل من أهل الزعارة والشر سجَنه السلطان وكُلّم فيه، فقال: أخاف أنّ ترْكه يضرّ بالمسلمين، فقال رجل: أنا ضامن متى أضرّ مسلماً أو أفسد له مالاً فأنا المأخوذ به، فسرحه السلطان لذلك. فلم يلبث إلاّ يسيراً حتى مرّ ببلد الحرب ثم رجع سراً للبلد الذي ضمن فيه فوجد لبعض المسلمين دواب أخذها.

فأجاب: إذا كان الأمر على ما وصفتَ لزم الضامن قيمة ما أفسده

المضمون إذا ثبت ذلك بواجب الثبوت.

قلت: لأن إكراهه كان شرعياً فلذلك أُلْغِي إكراهه. ويتخرج على القول بأن الإكراه المعمول به إلغاء هذا الضمان(1) ويحتمل أن يكون هذا عاملاً مطلقاً لأن الإكراه في المضمون لا في الضمان حسبما تقدم.

وفيه: مَن [121 أ] استعار دابة فلم يجد مالكها في الدار وشاور فيها زوجة صهره فركبها إلى القرية قدر ثلاثة أميال وهي جَذَعة وأمسكها يوماً وليلةً ثم بعثها مع أخي صهره مريضة فعطبت بعد الوصول إلى دار صاحبها، وهو في ذلك كله غائب. فلما جاء أنكر مع وقع وقال: لم آذنْ ولم أرضَ، وقال آخذها: إنها مريضة من الوقت الذي أخذها فيه، ولم يقم يطلب إلاّ بعد ثلاثة أعوام لأمر حدث بينهما.

فأجاب ابن القطان: له طلب حقه ويضمن من أخذ الدابة قيمتها.

وأجاب أبو شاكر: في الرجل يقف في سوق الدواب أو البقرة يقول في رجلٍ: عاملوه في بيع الدابة أو الثور إنه ثقة، أن ذلك كالضمان ويلزمه.

وأجاب أبو إبراهيم في قوله في البيع: أنا أعرف البائع ثقة ووجد في السلعة عيباً أن القائل يحلف إنه ما أراد بقوله ثقة الضمان ويبرأ.

قلت: حكى ابن رشد في شرحه قولين؛ قوله هو ثقة هل يضمن أم لا؟ بناء على الغرور بالقول هل يلزم له الضمان أم لا؟ والمشهور على الضمان بالغرور طريقان؛ أحدهما أنه لا خلاف أن الغرور بالفعل يلزم. وفي الغرور بالفعل قولان مأخوذان من المدونة. والطريق الثاني فيه ثلاثة أقوال؛ ثالثها الفرق بين القول والفعل. وأخذَ أحد الأقوال من قوله في الأكرية: فكسر المطحنة لما ربطه على هذه الرواية وفي الأخرى لما ربطته على هذه الرواية، فأخذ منه الضمان بالقول. وأنكره شيخنا الإمام قال: لأنه هنا غرور بالفعل، والعقد وهو فعل، كما قال في النكاح: إذا قال في حرة فإن وَلِيَ العقد ضمِنَ

---

(1) ثلاث جمل سقطت من ب.

وإلاّ فلا، فجعل العقد فعلاً، انظر ابن بشير في ذلك الموضع.

وأخذ من مسألة الأكرية: أن من اكترى مطمراً[1]... لا ضمان عليه إلاّ أن يغر مع العلم فيضمن[2]. وكذا أخذ من مسألة التدليس بالعيوب: إذا دلس بالسرقة فسرق فهل مثل ذلك؟ ومنه مسألة الزريعة: إذا دلس بعدم نباتها أنه يضمن، ولا يضمن إذا اتفق على ذلك، من مسألة إذا دلس بالسرقة فسرق سيّده، وفيه خلاف حكاه ابن يونس في ذلك الكتاب. وتقدم للشعبي أن محمداً بن عبد الملك الخولاني أخذ منه أن من باع خابية مكسورة دلس بها وهو يعلم أن المشتري يعمل فيها الزيت فصب فأهريق لا ضمان عليه ولو أكراها لعمل الزيت فيها ضمن لغروره من نفسه. والأولى من باع عبداً ودلّس بسرقته فسرق سيّده لا ضمان عليه.

وفيه: عن مكتري دواب بأحْلاسِها فضلّت دابة بحملها فترك بقية الدواب عند غيره وذهب في طلب الضالة فجاء فوجد أخرى ذهبت فلا ضمان عليه في الضالة الأولى ولا ما عليها إذا كان قد اكتراه معها حتى يتبين كذبه، ولا ضمان عليه في الثانية بما عليها أيضاً إن تركَها عند ثقة مأمونٍ عليها، وإن كان غير ثقة ضمن، ولو جعل جعْلاً لمن طلبها فالجعل على الجاعل مطلقاً لا على رب الدابة قاله ابن لبابة.

وحكى ابن الفخار: مَن تكلم مع جزار فرمى يده في السكين فجَبَدَها الجزار فأزالت أصابع يده فأنكر الجزار.

قال: يحلف ثم قال يسجن لأنه يمكن أن تكون من أفعالهم.

وسئل ابن الحاج في من أسند وصيته في ماله وولده إلى زوجته وهي أم ولد ثم ثبت سفَهُها وعُزلتْ ورشد الولد فأراد طلب أمه بماله فقالت ضاع وأنها دفنته في حجرة، وأخذه هو فسأل عن الضمان. فحكي عن بعض المتأخرين وجوب الضمان لسفهها ودخولها في ذلك.

---

(1) كلمة غير واضحة بالأصلين.

(2) سقطت كامل الجملة من المخطوط ج.

فأجاب: لا ضمان عليها للمال وفي يمينها لابنها خلاف وبوجوبها أقول إذ شح ويخرج بذلك إذا كان عدلاً.

قلت: وقيدتُ عن ابن علوان أنه جاءته امرأة كان قدمها زوجها على أولادها منه وكان ذا مال فذكرت له أن بعض أقارب زوجها قام عليها وأنه كتب رسماً أنها أفسدتْ المال وأنها من صفتها كذا وكذا وثبت عند القاضي أنها تَغَيّبتْ، فقال لها: تمشين إلى القاضي فإذا قال لك: شُهد بكذا وكذا ما تقولين في شهادتهم؟ فقولي: أنت شُهد عندك أني أفسدته وأنا أفسدته، ما بقي منه شيء. ففعلت فسرحها القاضي دون سجن ولا غيره.

يحتمل أن يكون عرف أنها مظلومة في نفس الأمر فأنقذها مما حصلت فيه. ولو تحقق أنها كما ثبت عليها فلا يحل له تلْقينُها هذه الحجة وهو من باب تلقين الخصوم الحجة [121 ب] الباطلة وهي جرحة ومن التسبّب في أكل أموال الناس بالباطل ومداومة الخصومة والقصد تقصيرها كما قال عز الدين: إنّ حُكْم القاضي من باب تغيير المنكر فإذا كان يتوصل إلى زواله بطريقة قريبة وبعيدة وجب على القاضي الأولى لأن الأوامر فيه على الفور. ويحتمل من هذه المسألة أنه لم يبق في يدها المال فلذلك أرسلها كما تقدم، ولو بقي في يدها شيء من المال لها أو لولدها لوجب على القاضي زواله لأن المعيّن مال الأيتام وما أتلفتْه في ذمتها لأن الحجر وقع بعد رشد فكل ما سبق يلزم ذمتها. ومسألة ابن الحاج تدل على ذلك من كونه وجّه اليمين قِبَلها.

وفيه إذا ادعى على رجل أنه ضمن له ذهباً عن آخر فأنكر لزمه اليمين، فإن نكل رجعت اليمين على الآخر وثبتت دعواه. وأذكُرُ في حاشية أنه يحلف حتى يثبت المدعي أصل الدين ببينة.

قلت: وهي تجري على مسألة دعوى المعروف كالإقالة، وفيها خلاف تقدم لابن رشد. وكذا قوله: إذا ثبت أصل الدين ببينة واختلف إذا أقر بما يشبهه هل يلزم الضامن ذلك أم لا؟

وفيه: مَن سافر بزيت للناس ليبيعه مع زيت له فلما وصل الموضع الذي

سافر إليه أخذ الزيت كله وخلطه وكتب عليه اسمه وسئل عن ذلك فقال: الزيت كله لي وليس فيه لأحد شيء، ثم باع بعضه ووكّل على بقيته للبيع وسافر لموضع ثم رجع إلى الموضع الذي سافر منه وادعى أن الروم أخذوه وأخذوا ما معه من مال، وخاطب أصحاب الزيت أن الروم أخذوه معه، فهل يكون بخلطه متعدياً مفترياً وإنكاره أولاً يضر أم لا؟

فأجاب ابن الحاج: إذا خلط الزيت بمثله على وجه الرفع والحرز فلا أرى عليه ضرراً.

قلتُ: هو قوله في الوديعة: إذا خلط قمحاً وديعة بمثله على وجه الحرز لا ضمان عليه وإذا خلط زيتاً بمثله في التفليس أنه لا يفوت في أن يأخذ البائع مثله، وهو في المأذون، وكذا إذا خلط مال القراض بمثله من غير شرط لا ضمان عليه. وحكايته في السؤال يحتمل أن تكون دعوى عليه. ولو ثبت إنكاره ثم ذكر ما قال لكان ما تقدم من مسألة الإقرار على وجه لا يضمن بعد الإنكار أو يكون إنكاره لغير طالب حق فلا يضره.

وفيه: إذا تحمل رجل بدين لغرماء عن أمر السلطان له بذلك مع الشرط المقترن به لم يلزم الحامل شيء من الديون، لأنه لم يحملها إلاّ ليؤديها من مال غيره لا من مال نفسه، فتحمُّلُها لغو وتكون ديون الغرماء موزعة في ديون السلطان وواجباته التي إلى نظر عماله. وقول السلطان إذا حملتها وزعتها معروف منه تبرع به. ومالك يرى أن مَن أوْجب المعروف على نفسه لزمه. وانتظم إلى هذا تقطيع الغرماء لصحفهم لأجل التحمّل من الرجل على أنه يوزع ذلك في مال السلطان. وكذا أفتى غيره بأن حمل الديون التي عليه لغرمائه على الشرط المذكور لا يصح ولا يلزم الحامل فلا مطالبة لهم قِبَله بالظهائر التي كُتبت لهم على نفسه بالتزام ديونهم.

قلت: لعل الشرط أوْجبَ فساداً في التحمّل ولم يذكره. وقوله: والمعروف من أوجبه على نفسه لزمه، هو قول مالك في حمالتها: إن أشهد رجل على نفسه أنه ضامن بما يُقضى لفلان على فلان، أو قال: أن كفيل لفلان

بماله على فلان وهما حاضران أو غائبان أو أحدهما غائب، لزمه ما أوجب على نفسه من الكفالة والضمان لأن ذلك معروف والمعروف من أَوْجَبَه على نفسه لزمه، وأخذ من عمومه وجوب الوفاء بالوعد مطلقاً. ولابن رشد فله أربعة أقوال مشهورها وجوبه إذا خرج على سبب ووقع السبب. ويحتمل أن لا يؤخذ من هذه الوجوه مطلقاً لتعلّق حق الغير فيها بدليل أنه لا يفتقر فيها للحوز.

وفيه: مَن لزمه حميل بالخصام فعجز عنه فقيل يسجن وقيل يلزمه اليمين أنه ما يجد ضامناً ثم يقال للآخر: أثبت حقك، فإذا أثبته وجب ضامن بالمال أو السجن.

قلت: قد مرّ في الطرر أنه يجب على القاضي أن يعلم الطالب بوجوب أخذ الحميل له إن كان مما يمكن أن يجهل ذلك فإن تركه وإلاّ قضى به. وكذلك [122 أ] الحميل في الدين يحل على الرجل فيسئل المطلوب أن يؤجل به حتى يحضره فيرى ذلك القاضي ويحكم له به على الطالب. وكذا ما حكم به القاضي للرجل مما يوجب عليه الضمان. وأما إذا لم يحكم بما يوجب الضمان عليه فلا يحكم عليه بالضمان حتى يسأل ذلك الطالب وليس عليه أن يعلمه بوجوب ذلك. وزاد ابن فتوح: ويقال له إذا لم يُقِم حميلاً بالخصومة لازِمْهُ إن شئتَ وكن معه حيث تصرف.

وفيه: فإن ادعى المطلوب دفع ما ثبت عليه من الدين بعد إنكاره أصل المعاملة لم يبح له القاضي إثبات ذلك لأنه قد أكذبَ شهوده على المدفع بإنكاره أصل المطلوب. وبهذا القول القضاء[1].

ابن الحاج: إذا قال أضمن وجهه ولست من المال في شيء، أو لا أضمن إلاّ وجهه فهما سواء ولا يلزمه إذا لم يحضره ولم يقرّ في تغيّبه عنه بخلاف إذا ضمن الوجه مسجلاً. واختلف شيوخ صقلية إذا قال: أنا زعيم أو كفيل أو حميل خاصة، فقيل: محمول على المال وقيل: بالوجه إذا عريَ الكلام عن دليل لأحد الوجهين. عبد الحق: والصواب أنه ضامن للمال للحديث (الزعيم غارم). ولو

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

اختلفا فقال الطالب: ضمنتَ المال، وقال الحميل: الوجه خاصة وقد أحضره، فالقول قوله لأن الطالب يدعي إشغال ذمته.

قلت: أو لأنه معروف، فلا يلزمه منه إلاّ ما أقرّ به.

قلتُ: في المدوّنة[1]: إذا قال: أنا كفيل برجل أو بنفسه أو بوجهه أو بعينه، ولم يذكر مالاً، فإن أتى به ملياً أو معدماً بريء وإلاّ تلوّم له.

وقال بعد ذلك: إذا تكفّلَ برجل أو بمال عليه.

فأجاب عنهما بحكم واحد وهو ضامن. فيتحصّل إذا تكفل برجل قولان: ضمان المال والوجه. ثم ذكر ضمانة الطلب، وتقدمت أول الباب.

وسئل المازري عمن ضمن رجلاً لغريمه بقية نهاره على أنه لا يسلمه له إلاّ ببينة فمضى اليوم وأيام بعده فطُلب به فذكر أن الطالب أبرأه من الضمان وأنه قاعَدَهُ للخصوم عند القاضي ولم تقم البينة بإسلامه له.

فأجاب: هذا فيه إشكال، فإن كان معناه أنه ضمنه بقية نهاره على أنه إن مضى اليوم ضمنه حتى يسلمه ببينة لم يبرأ إلاّ بإسلامه ببينة وقوله مقبول عليه مع يمينه في عدم إسلامه. وأما قوله: قاعدهُ للخصوم فإن أراد أنه أبرأه بذلك فجوابه ما تقدم.

قلت: وسكت عن إرادته أنه حميل بقية اليوم خاصة وعندي أنها تقف عند ما أحدث طال الأجل أو قرب لأنها معروف يجوز فيها الأجل كالسلف والعارية وجميع المعروف، وليست كمسألة الطلاق والظهار وإن كان قد قيل به فيه حكاه اللخمي لأن هذا الباب يستحيل فيه إذا وقعت الحرمة أن تكون محدودة بل تقع جميعها إلاّ أنها بخلاف هذه ولا يدخل فيها من الخلاف في إذا وهب على أن لا يبيع ولا يهب لأن هذا يرجع إلى لوازم الماهية التي لا يختلف فيها غالباً بخلاف الأجل لأنه من العوارض العامة للماهية وغيرها.

وسئل ابن رشد عما وقع من قول الغير فيها إلاّ أن يكون في تثبيت والنظر

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

بعدها هل هو تفسير أو عليه العمل أو خلاف؟

فأجاب: هو تفسير لقول ابن القاسم، عليه حمَلَه من أدركنا من الشيوخ وبه جرى العمل وهو صحيح في المعنى.

وفي الطرر عن بعض أصحابنا: إذا تضمن ضمان الغرم اللازم الخارج عن الحمالة فلصاحب الحق أخذ من شاء منهم كان الآخر حاضراً أو غائباً وإن لم يشترط، وله أخذ من شاء منهم بحقه.

قلت: في حوالتها إن أحالك على من ليس قِبَله دين فليست حوالة وهي حمالة سبيلها سبيل ما وصفناه في الحمالة، ولو علمتَ حين أحالك عليه أنه لا شيء للمحيل وشرط عليك المحيل براءته من ديْنك فرضيت لزمك ولا رجوع لك على المحيل إذا كنت تعلم، وإن كنت لم تعلم فلك الرجوع.

وروى ابن وهب عن مالك: في من قال لرجل خرق صحيفتك على فلان واتَّبعني بما فيها من حوالة بدين كان عليه فاتبعه حتى فلس الضامن أو مات ولا وفاء له، أن للطالب الرجوع على الأول. فاختلف في تأويل هذه الرواية هل هي ثلاثة [122 ب] أقوال؟: هل سبيلها سبيل الحمالة لا يطلب إلاّ في غيبة الغريم أو عدمه، ولو شرط أيهما شاء أخذ بحقه فالأمر كالأول؟ والثاني أنه يقع المحال عليه ما لم يفلس أو يغب، وهذا ظاهر رواية ابن وهب وأنها حمالة اشترط ببراءة الحميل، والثالث مخير في الطلب كما ذكر أول الكلام وأن قوله اتّبِعْهُ حتى أفلس تصوير للاتباع.

وقيل في رواية ابن وهب إنها حمل لا حمالة وإنه لا يرجع على المحيل بشيء، انظرها من كلام ابن يونس.

وفيه أيضاً: كل من قام على رجل بحق وأثبتَه فادعى المقوم عليه مدفعاً أو إثبات بيّنة بدفعه إليه وجب عليه لصاحب الحق ضامن ثقة بالمال إلى أن يثبت الإبراء، فإن أثبتَ ذلك وإلاّ ادعي عليه بالحق، وإن لم يجد ضامناً بالمال حتى يثبت[1] ما يدعي سُجن ويؤجل له في الإثبات على قدر ما يراه القاضي مِن بُعْد

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

موضع البينة وقربها، فإن أتى بشيء عند الأجل وإلاّ أُعْدِي عليه بالمال للقائم.

ابن رشد: إذا قال الرجل لي على فلان ألف درهم فقال له رجل: أنا لك بها حميل غرمها إذا أقرّ المطلوب، قولاً واحداً. وإن قال: لي على فلانٍ حقّ، فقال له رجلٌ: أنا لك به كفيل[1]، فقال المطلوب: له عليَّ ألف دينار، لم يلزم الكفيل غرمها بالكفالة إلاّ أن يثبتها بالبينة على المطلوب، قولاً واحداً، بمنزلة من قال لرجل: أنا ضامن بما بايعت به فلاناً وأنا ضامن ما بويعَ به فلان. واختُلف إذا قال الرجل[2]: أنا كفيل لفلان بألف دينار له على فلان على ثلاثة أقوال أحدها أنه يلزمه غرمها بالكفالة وإن أنكر المطلوب أن يكون له عليه شيء، وهو قول ابن القاسم من سماع يحيى من الحمالة وفي كتاب ابن سحنون، والثاني لا يلزمه غرمها وهو منكر في سماع أشهب، والثالث يلزمه غرمها وإن كان منكراً يقوم من قول ابن القاسم من الشاهد، انظرها في الشرح.

وسئل اللخمي عمن أشهد على نفسه عدولاً أن جميع ما يلزم أخاه هذا المقر فقد لزمه، فأراد زوج المرأة المتوفاة أخذ ميراثه عن زوجته مما أقر به أخوها أنه من تركة والدهما وأراد أخذ ما يخص من ذلك الأخ الذي ألزم نفسه ما أقر به أخوه هذا المقرّ، فهل يكون ذلك؟

فأجاب: إن أردت هل يأخذ الزوج من الربع الذي أقرّ به الأخ المتحمل ما يخصه على إقرار أخيه، فهو غير لازم له إذا كان الأخ منكراً لما أقر به أخوه ومدعياً أنه ليس من تركة الأب، لأنه لم يجعل له أن يقر عليه ولا أن ينتزع من يده شيئاً بإقراره.

قلت: وفيها من قال لرجل بايَعَ فلاناً أو دايَنَه: فما بايعتَه من شيء أو داينتَه به فأنا ضامن له لزمه ذلك إذا ثبت مبلغه.

قال غيره: إنما يلزم من ذلك ما كان يُشبه أن يداين بمثله المحمول عنه ويبايع به.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

(2) جملة سقطت من ج.

ابن القاسم: ولو لم يبايعه حتى أتاه الحميل فقال له: لا تفعل فقد بَدَا لي في الحمالة فذلك له، بخلاف قوله: احلف وأنا ضامن ثم رجع قبل أن يحلف هذا لا ينفعه رجوعه لأنه حق وجب، انتهى. فاختلف في قول الغير هل هو وفاق أو خلاف. وأما قول إذا بدا له قبل الحصول فهو مثل ما قال في العارية: إذا بدا له قبل البناء فله ذلك إن لم توقت بأجل، أو أذن لعبده في الحج ثم بدا له قبل الإحرام له، ذلك خلاف اللخمي أنه يلزمه لتعلّق حق العبد به، ولا يتخرج في هذه المسألة قول لأن هذا معلق على سبب فهو أضعف من مسألة العبد، وإن كان شيخنا نازعه في ما قاس عليه مسألة العبد.

وفيها أيضاً: في من قال لرجل: احلف أن الذي تدّعيه قِبَل أخي حق وأنا ضامن، ثم رجع لم ينفعه رجوعه ولزمه ذلك إذا حلف الطالب.

ابن سهل: إذا قال رجل لمطلوبه أنا أرضى بيمينه فحلف على ما شاء ثم نزع عن رضاه وأراد إقامة البيّنة على مطلبه.

فأفتى ابن عتاب: ليس قوله أنا أرضى بيمينه إسقاطاً منه لبينته وله الرجوع عن مقاله والقيام ببينة حتى يْنفصح بالترك لها، وهو ظاهر المدونة في كتاب الشهادات لأنه قال فيها: إذا أحلفه وهو عالم ببينة تاركاً لها لم يكن له قيامٌ. وفي بعض الروايات: إذا أحْلَفه عالماً ببينته[1] فهو ترك لها. وسمعت **[123 أ]** مَن يقول هو اختلاف من قوله، وأفتى ابن رشيق فقيه المَرِيَة إذا رضي بيمينه هذا حاضرة لزمه ما ألزم نفسه من ذلك.

وفي الطرر: مَن قال لفلان عليّ مائة درهم إن حلف أو إذا حلف أو متى حلف أو حتى يحلف أو مع يمينه أو بعد يمينه، فحلف فلان على ذلك المقرّ وقال: ما ظننت أنه يحلف فلا يؤخذ المقر بذلك في إجماعنا، قاله في كتاب ابن سحنون. وعن ابن عبد الحكم: إن قال إن أخّرني بمائة ادعى بها عليّ إلى سنة لزمه ذكر إن أخره بها سنة.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

قلت: هذا على قول ابن القاسم واضح في الصلح على الإقرار والإنكار سواء، وعلى قول مالك إن التأخير في الصلح على الإنكار لا يجوز فالظاهر منعه. وإن قال: أخّرني إلى سنة ادعى بها عليّ إلى سنتيْن لزمه ذلك إلى سنتيْن إذا حلف وطلب منه اليمين إنه ليس عليه مائة حالة ولا أقل من سنتين.

ابن سحنون: ولو ادعى عليه فجحده فقال: احلف وأنت بريء، أو قال: إذا حلفتَ أو متى حلفتَ أو كلما حلفتَ أو أنت بريء مع يمينك أو بعد يمينك فهذا يلزمه ويبرأ به المطلوب. ولو رجع المطالب فقال: لا تحلف فليس له ذلك. وكذلك إن قال المطلوب للمدعي: احلف وأنا أغرم فحلف لزمه. ولو رجع فقال: لا تحلف فليس له ذلك وللمدعي الحلف وثبت حقه.

وفي شفعتها: مَن تكفّل بنفس رجل ولم يذكر ما عليه جاز، فإن غاب المطلوب قيل للطالب: أثبت حقك ببيّنة وخذْه من الكفيل، فإن لم يقم ببيّنة وقال: لي على المطلوب ألف درهم فله أن يحلف الكفيل على علمه فإن نكل حلف الطالب واستحق. ابن يونس: ولا يرجع الحميل على الغريم بما غرم بنكوله إلاّ أن يقر الغريم فللكفيل أن يحلفه فإن نكل غرم.

وعُورضت بمسألة النكاح الأول: في الرسول يضمن الصداق عمن أرسله إلى المرأة خطبها فأنكر العدد الذي عقد به فلم يضمن. ابن القاسم الرسول وضمنه غيره. ابن عبد السلام: للشيوخ كلام في قول الغير إنما يلزمه ما يشبه أن يُداين بمثله المحمول عليه، هل هو تفسير أو خلاف؟ قال شيخنا: ولا أذكر من حمله على الخلاف بل نص ابن يونس وابن رشد أنه وفاق.

وفي سماع عيسى: من قال: أنا حميل بما بويع به فلان إلاّ ببينة لا بإقراره. وكذا من شُكيَ إليه مطل رجل فقال: ما عليه فهو عليَّ لم يلزمه ما أقر به المطلوب إلاّ ما ثبت ببينة.

ابن رشد: مثله مَن قال لرجل بايع، وذكر مسألة المدونة ولا خلاف عندي فيه ولا في مسألة الشكوى. وكان من أدركناه من الشيوخ يقول: هاتان المسألتان خلاف دليل قوليها في من قال: لي على فلان ألف درهم، فقال

رجل: أنا بها كفيل فأنكر فلان، أنه لا شيء على الكفيل إلاّ ببينة على الحق لأنه قد حجره. فقوله: قد حجره، مفهومه لو أقرّ لزمت الحمالة وليس بصحيح. ثم ذكر ما تقدم عنه في الطرر. وظاهر نقل عياض حمْله على الخلاف، واعترض شيخنا تفرقة ابن رشد انظره.

وفي الطرر: إن أقر أني تحملت له عن فلان بكذا ولا بينة بينهما.

فقال قوم: لا غرم على المقر حتى يثبت الحق على الذي عليه الحق إلاّ بالبينة. وقال آخرون: إن كان الذي عليه الحق ملياً لم يغرم شيئاً وإن كان عديماً غرم ولم يرجع على الذي عليه إلاّ بالبينة.

ولو ادعى رجل ديناً على رجل فأنكره وشهد عليه شاهد وقال: أنا حميل بها عنه والثاني منكر.

فروى أشهب أن شهادته جائزة وقال: هو كمن شهد على نفسه وعلى غيره. وكذا قال الأبهري لأنه غير متّهم بإقراره على نفسه. وعن ابن القاسم: لا يجوز ويغرم ما أقرّ به من ماله، حكاه ابن المواز عنها واختار إن كان الغريم ملياً جازت الشهادة وحلف الطالب وأخذ حقه، وإن كان عديماً لم تجز الشهادة وأخذ الحميل بما أقرّ به من الحمالة لا يرجع على المطلوب بشيء. قال: وهذا عين الفقه، ثم وجّهه، وكذا في المجموعة عن ابن القاسم.

وفيها عنه: إن غرم الحميل ما تحمل به ثم جاء المطلوب [123 ب] فأنكر الحمالة فشهد الغريم على الحمالة فلا يجوز.

وفيه: تسقط الحمالة في المعاملة الفاسدة إذا لم يعلم المتحمل بفسادها، فإن علم لزمته الحمالة بالقيمة وقيل: لا تلزمه الحمالة عِلمَ أو لم يعلم، وقيل تلزمه مطلقاً ولو كانت الحمالة بعد عقد البيع الفاسد لكانت ساقطة، قولاً واحداً.

قلت فيها: لو شرط خلاص السلعة لم تجز الكفالة ولا تلزم وقال غيره: تلزمه، وهو أَدْخَلُ للمشتري في غرم ماله فعليه الأقل في قيمة السلعة يوم تستحق

أو الثمن الذي وَدَّى إلاّ أن يكون الغريم حاضراً ملياً فيبرأ.

ابن القاسم: لو شرط المبتاع خلاص السلعة في الدرك وأخذ منه بذلك كفيلاً بطل البيع والكفالة كمن باع ما ليس له وشرط خلاصه. ولو أن الناس كتبوا في وثائق الأشرية لا يريدون به الخلاص ولكن تشديد في التوثق لعقد البيع، ولو عُقد البيع على اشتراطه لفسد. فقول الغير بالأقل يجيء مذهباً رابعاً.

وأخذ من هذا الكلام أن ما ذكر على الطوع والعادة فيه الشرط فإنه يحكم بالعادة. وإليه ذهب ابن رشد في نوازله. وقول ابن الحاج: يعمل بما اشتملت على الوثيقة، ومنه مسألة المازري في ما حكاه عن أشياخه في الحمالة أن قوله «وجواز أمر» في الوثيقة لا يقتضي الترشيد. وفي طرر ابن عات: فيه قولان انظرهما في شرح التلقين، وكذا ذكر ابن عات هنا يقول في وثيقة الحمالة «وهو بحال صحة» لأنه إن كان زمن المرض فإنه من الثلث وفي زمن الصحة من رأس المال ويلزمه، ولا يلزمه الخلاف في دعوى المعروف وفي الشهادات يحلف.

وسئل شيخنا أبو القاسم أحمد الغبريني ـ رحمه الله ـ عن أهل قريتين لكل قرية منهما عرب غير عرب القرية الأخرى ووقعت الفتنة والحرب بين الأعراب المذكورة وخاف أهل كل قرية من عرب الأخرى على أنفسهم وأموالهم، فاتفق الأمر بين أهل القريتين المذكورتين على أن يتضامنوا بينهم على أن يكون ما أخذه عرب كل قرية من القرية الأخرى فيؤديه أهل قريتهم لما رجوه في ذلك من التوهين بقريتهم، ولعل العرب أن لا يتعروا للقريتين بسبب ذلك وحضر بعض الأعراب لهذه الضمانة ووافقوا عليها، ثم إن عرب إحدى القريتين المذكورتين وأعراب غيرهم تعدَّوْا على أهل القرية الأخرى وجاسوا زرعها واستأصلوه، فهل يلزم القرية الأخرى بسبب ضمانهم المذكور أم لا يلزمهم ذلك للجهالة بما تضامنوا بسببه ولتعدي الأعراب وعدم قدرة أهل القرية على مدافعتهم عن ذلك؟

فأجاب: إذا كان تضامنهم في ما بينهم على أنفسهم وأموالهم كما ذكره أعلاه فلا يلزم أحداً من أهل القريتين شيء بما تضامنوا فيه لأنهم تضامنوا مُكْرَهين على ذلك لأجل خوفهم على أنفسهم وأموالهم.

قلت: مفهومه لو كانوا غير مكرهين مثل أن يقول: كل ما بعت به فلاناً فأنا ضامن به، ويقول فلان من الجهة الأخرى كذلك شرط أنه جائز.

وقد حكى ابن القطان أنّ الضمان بجعل لا يجوز إجماعاً، ولا ترد عليه رواية ابن وهب أن من الأمر الجائز عندهم أن يكتب الرجل حقه على الرجلين له ويشترط أن حيّكما عن ميّتكما ومَلِيِّكما عن مُعْدِمكما وذلك كحمالة أحدهما عن الآخر يعني عن الانفراد لا من الجانبين، لأنه استند إلى عمل الناس في الحق الواحد على الرجلين وكأنه على رجل واحد.

وفي سَلَمها: إذا أسلم رجل إلى رجلين في طعام فأقال أحدهما فإن لم يشترط حمالة أحدهما بالآخر أيهما شاء أخذ بحقه فهو جائز لأنه لا يتبع كل واحد منهما إلاّ بحصته، ولو شرط ضمانهما لم تجز الإقالة إذ الحق كان على واحد أقاله من بعضه فجعلهما كالرجل الواحد. وأخذ عياض منه جواز الشراء على حمالة البائعين بعضهم من بعض. وفي البيوع الفاسدة خلافه. **[124 أ]** وقيل: إن كانت الانصباء متساوية جاز.

وذكر ابن سهل الخلاف في الحمالة بالدرك في الخلع إذا خالع زوجته ثم أثبتتْ الضرر ورجعتْ على الزوج يرجع على الحميل لأنه يقول: أنت أخرجت العصمة من يدي من غير عوض، بانِياً قول ابن القاسم في عدم رجوع الزوج على الحميل، وعلى قول أصبغ يرجع عليه.

وفيها: من تكفّل بمال على رجل فليس للذي له الحق إذا كان الغريم حاضراً ملياً أن يأخذ من الكفيل شيئاً إلاّ ما عجز عنه الغريم. وكان مالك يقول: يتبع أيهما شاء في ملاء الغريم، ثم رجع إلى هذا وأخذ به ابن القاسم.

واختلف هل هو محمول على العدم حتى يثبت الملاء؟ فعلى هذا يطلب الحميل حتى يجد الغريم، وهو قول سحنون في نوازله من كتاب الحمالة. وفي رسم الكبش من كتاب النكاح ما ظاهره أن الغريم محمول على الملاء وأن على المتحمّل له إقامة البينة على عدمه. ابن رشد: وقول سحنون أظهر لقوله عليه الصلاة والسلام (الزعيم غارم).

وفيه عن الكافي: ليس على حميل الوجه إحضار عند الحاكم إلاّ أن يشترط ذلك في ضمانه، وإن خاف الحميل بالوجه أن يغيب المتحمل له فتطول حمالته بالغرم فاشترط عليه إن لم يحضر عند حلول الأجل أو يوكل من يقبضه له فهو منه بريء جاز إذا أشهد على ذلك، وإن لم يشترط ذلك فهو على حمالته أبداً حتى يبرأ به إلى المتحمل له أو السلطان. وإن برىء من المال كان عليه طلبه إذا عرف موضعه وإن لم يعرف موضعه لم يكلف طلبه.

عياض: لا يلزمه أداء المال شيء إلاّ أن يقدر على إحضاره فلا يفعل أو ينذره، فإن اتُهم على تغييبه حبس حتى يحضره. ابن الهندي: وأشدّ ما عليه أن يحلف أنه ما قصّر في طلبه ولا دلّس فيه ولا يعلم له مستقَراً، وهو يجري على أيمان التُّهَم وتصديقه جار على مسألة تبليغ الكتاب في الأكرية. وعلى قول الغير عليه البيان. وفي العتبية: لو قال الطالب هو بموضع كذا فاخرجْ إليه، فإن كان مثل الحميل يقدر على الخروج أمر به وإن ضعف لم يكن عليه أن يخرج. ولو خرج فقال: لم أجده، وكذبه الطالب في الوصول، فإن مضت مدة يمكن فيها صدقه وإن أثبت الطالب أنه خرج وأقام بقرية ولم يتمادَ فليعاقبه السلطان بالسجن بقدر ما يرى أو يأمره بإحضار صاحبه إن قدر، انظر ابن يونس في ما نقل عن الواضحة.

الغرناطي: يسمى في عقد الضمان الضامن والمضمون له والمضمون عنه والعدد ووصفته ومعرفة الضامن بوجوبه قِبَل المضمون عنه وأن ذلك بأمره ومدة الضمان أو حلوله أو تأجيله وعقد الإشهاد عليهم ثلاثتهم.

قلت: هذا الظاهر إن كانت القضية كذلك. وقد تقدم جواز الحمالة بالمحمول ويؤخذ من المدونة من ألفاظ كثيرة من قوله عامل فلاناً ومن قول مالك قِبَل فلان إلى غير ذلك.

وفيه: المسائل التي خالف فيها أهل الأندلس ابن القاسم.

منها: مَن ادّعى مالاً قِبَل رجل لا يعرفه وزعم أن له بيّنة وطلب حميلاً بذلك ليوقع البينة على عينه، وإن عجز عنه وكانت البينة غائبة سجن، قاله

أشهب. ولا يوجبوا الحميل بالحق إلاّ بشاهدين عدلين، قاله سحنون.

ومن أنكر شيئاً ثم أقرّ به وأقام بينة بالبراءة لم ينفعه، قاله عيسى بن دينار ومطرف وابن الماجشون.

وكذا مَن ادُّعِيَ عليه بقراض أو وديعة أو دين فجحده ثم أقرّ به وأقام بيّنة بالدين لم ينفعه وأوجبوا الشفعة في ما لا ينقسم كالحمّام والرحى، قاله مالك. وأوجبوها أيضاً في الأموال الموظفة، قاله أشهب.

وجعلوا الشيء المستحقّ يدخل في الضمان المستحق وتكون له الغلة ويجب توقيفه ويحال بينه وبينه إذا ثبت بشاهدين، قاله مالك في الموطإ وهو قول الغير في المدونة.

ومن غاب عن زوجته فحاله في مغيبه حال خروجه في العسر واليسر، قاله ابن نافع.

وأوجبوا القسامة مع شهادة غير العدول من اللفيف.

ولم يجيزوا الشهادة على خط الشاهد إلاّ في الأحباس [124 ب] المعقبة الموقوفة فقط إذا اقترن بها السماع الفاشي.

وتركوا تحلية المشهود عليه وصفته في العقود.

ولم يجيزوا للوصي أن ينظر على أولاد محجوره إلاّ بتقديم مستأنف.

ورعَوْا الكفاءة في النكاح في الحال والمال.

وأنّ ما التزمته المالكة نفسها في الخلع من نفقة أبيها بعد الحولين لازم لها، وهو قول المخزومي.

ولا يلزم الإخدام إلاّ في ذات المال، قاله ابن الماجشون.

وأجازوا أخذ الإجارة على تعليم النحو والشعر، قاله ابن حبيب.

وأباحوا بيع كتب الفقه، وهو قول أكثر أصحاب مالك.

وأجازوا لباس الحرير في الغزو، قاله ابن الماجشون.

وأجازوا أخذ التفاضل في المزارعة إذا سلما من كراء الأرض بما يخرج منها لأنها كراء لا شركة، قاله عيسى بن دينار.

ولا ينعقد عندهم إلاّ بالشروع في العمل، قاله ابن كنانة.

وجعلها ابن الحاج خمسة وقد تقدمت إلاّ أنه زاد فيها توقيف الخصم قبل إثبات الطالب ملكه. وفي مفيد الأحكام ثماني عشرة مسألة، انظرها فيه.

وزاد الغرناطي: إنهم خالفوا مذهب مالك في ست مسائل:

لا يكتفي باليمين مع الشاهد لظاهر القرآن.

وأن لا يحكموا بالخلطة، مذهب الليث.

وأجازوا كراء الأرض بالجزء مما يخرج منها كالمساقاة والقراض، مذهب الليث.

وأجازوا غرس الأشجار في المساجد، مذهب الأوزاعي.

وقالوا: يرفع المؤذن صوته في أول الأذان بالتكبير.

وجعلوا في العتبية للفارس سهمين، قول أبي حنيفة.

ابن سهل: في المدونة: إذا تحمّلتْ لأجنبي بأكثر من ثلث مالها فللزوج ردّه كهبتها وصدقتها. وأخبرني الشارقي عن ابن الشقاق عن مسألة إذا فرضت أكثر من ثلث مالها، فقال: للزوج رده وهو كالكفالة، وعن ابن دحون: ليس له ردّ سلفها وليس كالكفالة لأن الكفالة هي المطلوبة بها وهي في القرض طالبة.

الغرناطي: ويسمّى في الحوالة المحيل والمحال عليه والمحال به وعدده وصفته وحلوله ومما هو وأن على المحال عليه مثله أو أكثر على صفته وذكر حلوله أو تأجيله وقبول المحال ذلك والمعرفة بقدر ذلك وعقد الإشهاد على المحيل والمحال وحضور المحال عليه وإقراره بذلك. وقيل: لا يعتبر رضاه إلاّ أن يكون عدواً أو ممن تضر حوالته عليه.

وفي الطرر: لا يشترط في صحة الحوالة عند مالك وأصحابه رضى

المحال عليه إلاّ أن يكون عدواً له أو ممن تضرّ حوالته[1] فلا يجبر حينئذٍ على تمكينه من مطالبته. والشافعي والحنفي لا يقرون رضى المحال عليه مطلقاً من غير تقييد لقوله عليه الصلاة والسلام (إذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع) فلم يشترط رضى المحال عليه كما لو وكل عليه من يقضي دينه منه. والإصطخري من الشافعية يعتبر رضاه.

وأما إقراره ففي المدونة في مسألة من اكترى داراً أو استأجر عبداً بدين له على رجل حال أو مؤجل. وروى أبو زيد: لا تجوز الحوالة على غائب فإن أحيل عليه لم يجز ذلك وفسخ ولو كانت له بينة لأنه قد يكون للغائب من ذلك براءة.

وفي المشتمل لا تجوز الحوالة إلاّ على حاضر مقر.

قلت: كبيع الدين ومن يشترط فيه الحضور خاصة كما وقع في السلم على تأويل فكذلك هنا، ومن يجيزه مع الغيبة القريبة ومعرفة حاله وهو ابن المواز يجيزه هنا، وتقدم أن بيع الدين على الميت لا يجوز باتفاق عند ابن رشد فلا تجوز الحوالة عليه على هذا، وما اختاره اللخمي أنه إذا كان الدين ببينة وهو معروف بالملاء، يريد أو تكون له أموال مأمونة، يجوز بيع ما عليه فيجوز كذلك هنا.

الغرناطي: لا يجوز بيع الدين إلاّ بأربعة شروط: إلاّ أن يكون طعاماً بعوض، وأن يكون الذي عليه الدين حاضراً مقراً به، ويباع بغير جنسه ويكون الثمن نقداً، وأن لا يكون المبتاع عدواً للغريم.

قلت: واختُلف هل نقد كنقد رأس [125 أ] المال أو هو أشد من ذلك لتقرر الدين على الغريم قبل العقد، وكذا اختلف هل من شرطه إن كان الدين عروضاً أن يشترط أن يبقى مثل آجال السلم من أجله وليس من شرطه ذلك. وأخذ كل منهما من المدونة وتقدم بعض فصوله.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

قال: وتذكر في عقد الدين المتداينان وعدد الدين وصفته وحلوله أو تأجيله ووصف ما هو، وتذكر أنه من معاملة جائزة مقبوضة بيد الغريم ووصف المعاملة أتم والمعرفة بقدر ذلك وعقد الإشهاد عليها.

وفي الطرر عن منذر بن سعيد قوله في العقد: مع معاملة جائزة لا يجوز ذلك حتى يتبين أصل ما يقع به التبايع لأنه قد يكون أصل البيع عندهما جائزاً وعند أهل العلم لا يجوز. فإذا بيّن الوجه لم يكن في ذلك خلاف، ولما أورد ابن مغيث هذه الوثيقة قال: عند انقضائها في صحة العقد قولان.

قلت: تقدم الكلام في إقراره بقوله قبل كذا ولم يذكر من أي وجه، هل هو إقرار صحيح أو ضعيف؟

وفيه: روى يحيى عن ابن القاسم: من قال: ضمنني مائة دينار من مائتي الدينار التي عليك فاعطني ما بقي، فيقول: مَا لَكَ عندي شيء والمائة التي دفعت إليك سلفاً أو وديعة، حلف الدافع ماله عليّ شيء وما دفع إليه إلاّ ما يذكر والمائة له.

وفي النوادر عن كتاب ابن سحنون: ومن أقر فقال: قبضتُ هذه الألف درهم من فلان كانت لي عليه ديناً أو وديعة، فقال فلان: لم يكن لك عليّ شيء ولا عندي، وإنما دفعتها إليّ سلفاً، فقد قيل: إن القول قول الدافع ويأخذها ويحلف ماله على شيء، وقيل إن القول قول القابض إذا أشبه ما قال في مداينة مثله، وقاله أكثر أصحابنا.

وفي غير النوادر: مَن أتى قوماً فقال: إني أشْهِدكم أني قبضتُ من فلان مائة دينار التي كانت لي عليه ولا شيء لي قبله منها فلقي الشهود ذلك الرجل فقالوا: أشهدَنا فلان أنه قبض منك مائة دينار التي زعم أنها كانت له عليك، فقال: كذب ماله عليّ شيء وإنما أسلفته مائة دينار التي ذكر، فقال ابن القاسم والمخزومي: القول قول الذي زعم أنه أسلفه مع يمينه إن لم تقم للآخر بيّنة، وقال غيرهما: القول قول المقر، من الكافي.

قلت: تجري على الخلاف في تبعيض الدعوى. وفي المدونة والمذهب

لها نظائر كثيرة يطول جلبها. وأصل ابن القاسم تعبيضها وشذ منها بعض مسائل. وأصل أشهب عدم التبعيض وقد شذ عن بعض مسائل افتقر فيها إلى فرق فانظرها في محالها.

وفيه: عن بعض الموثقين: قام على رجل بوثيقة مؤرخة بدين وأثبتها فأقام المدّعى عليه بينه أنه لم يبق له قبَل فلان المدعي عليه حق بسبب من الأسباب ولا بوجه من الوجوه وأنكر ذلك القائم، فإن دفع فيها بما يوجب إسقاطها وإلاّ سقط حقه، وهي رواية أبي زيد في العتبية. وعن ابن المواز: بينة الديْن أولى حتى تثبت البراءة منه لأنه قد كان بريئاً قبل المداينة، إلاّ لو قال: أقرّ أنه لم يبق عليه شيء ولا بقيت لي عليه مما كان عليه أو مما كان بيني وبينه، فهذا يُسقط دعواه. وأما إن شهد أن ماله عليه حق ولم يشهد على العلم فبيّنه الديْن أثْبَتُ إلاّ أن يشهد أنه أبرأه من كل حق كما ذكرنا. قال غيره: فإن لم يكن تاريخ ولا يُعلم أي الإشْهادين قبلُ فشهادة الطالب أولى. وكل من قام على رجل بحق وثبت فادعى المقوم عليه مدفعاً أو إثبات بيّنة بدفعه إليه وجب عليه لصاحب الحق ضامنٌ ثقة [125 ب] بالمال إلى أن يثبت الإبراء فإن أثبت ذلك وإلاّ اعتدي عليه بالحق للقائم.

قلت: لابن رشد في المديان الثالث من شرحه: مَن أتى ببراءة مِن ذكْر حق غير مؤرخة لا يُدرى قبل ذكر الحق أو بعده والمشهور والأظهر أنه يراه من ذكر الحق. وأخذ منها: إذا ادعى بعد انقضاء عدة المرأة أنه كان ارتجعها قبل انقضاء عدّتها ويأتي بوثيقة مكتوبة قبْل ذلك بمدّة لا يعلم هل كانت قبل الطلاق أو بعده، فيقول: هو بعد الطلاق، وتقول المرأة: هي قبْله من طلاق آخر. فعلى هذا يتخرج الخلاف إذا لم تؤرخ البيّنة في الوثيقتين.

وتقدم الخلاف بين ابن رشد وابن الحاج في مسألة الخلع إذا وقع الإبراء العام في وثيقة الخلع، هل يعود على الخلع خاصة؟ وإليه ذهب ابن الحاج، أو يعم جميع صور الإبراء؟ وهو مذهب ابن رشد. ويجري عندي على الخلاف في العام إذا خرج على سبب ولم يظهر لقرائن الأحوال لا بتخصيص ولا بتعميم،

هل يقتصر على ما ورد أو يعم؟ وكذا الخلاف عندنا إذا ادّعى عليه دعوى مخصوصة، فأجابه بجواب يعمّها ويعم غيرها، فهل يعمل به؟ لابن الماجشون، أو لا يعمل به؟ وهو مذهب ابن القاسم فيها.

وفي رسم الصبرة وجه الحول اللازم أن يقول: أحيلك على هذا بحقك وأبرأ إليك بما تطلبني به. ولو قال له: خذ من هذا حقك فليس هذا بحول لازم، ولمن احتال بحقه أن يقول لمن أحيل عليه بشيء: إنما أردت أن أكفيك مؤنة التقاضي. ابن رشد: وإنما ذلك لأن الحوالة بيع من البيوع ينتقل الدين بها من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فلا يكون ذلك إلاّ بيقين وهو التصريح بلفظ الحوالة أو ما ينوب منابها، مثل أن يقول: خذ من هذا حقك وأنا منه بريء وشبه ذلك.

وعن بعض الشيوخ: لو قال له: اتبع فلاناً بحقك لكان حوالة لقوله عليه الصلاة والسلام (من أتبع على مليء فليتبع) فلما أتى بلفظ يشبه النص فهي حوالة إذا كان ذلك على المحال عليه وليس ذلك ببيّن وإنما البيّن أن يقول قد أتبعك على فلان. وأما إذا قال له: اتبع فلاناً، فيتخرّج على قولين. وقد ذكرت في جامع البيوع من سماع أشهب في مسألة مَن يبيع عبداً بأربعين إلى سنة وعبداً آخر بخمسين إلى سنة ويقول: خُذْ أيهما شيئت، قال: لا أرى به بأساً وإنما بغير حوزٍ في السماع، لأنه لم يجعل قوله: خذ أيهما شئت بمنزلة قوله: بعتك أيهما شئت فليس بإيجاب أوجبه على نفسه كقوله: قد بعت أيهما شئت وهو مفسوخ ومن بيْعيْن في بيعة، ووقع ذلك في كتاب محمد.

قلت: تقدم من الشروط المختلف فيها: الحوالة بغير لفظها وهو يجري على الخلاف في الرخصة هل من شرطها لفظ يخصها كالمساقاة أولاً؟ وعليه كلام الناس اليوم فقوله قابلته أو رماني على طلب فلان ونحوه، وقول العامة إن كان قبض منه شيئاً فلا رجوع له وإلاّ رجع طردي[1] لا يعوّل عليه وإنما الحكم أنه بتقرر معنى الحوالة فيجري على ما تقدم أو يكون يشبه الحوالة، والله أعلم.

---

(1) كذا بالأصول.

وسئل عمن باع حصته من كرم وحال بثمنها رجلاً له عليه مثله وأشهد عليه ثم أثبت آخر أنه كان باع له الحصة قبل هذا وحكم بها وفسخ الأول، فهل تفسخ الحوالة لانفساخ البيع أم لا؟

فأجاب: إذا ثبت ما ذكر وجب فسخ الحوالة ويرجع المحال على من أحاله لا على المحال عليه، ولا يدخلها عندي الاختلاف لكون الفسخ محبة من المحيل إذا لم يكن سببه من جهته. وقد وقعت مثل هذا وأجيب فيها بنحو من هذا المعنى.

قلت: الخلاف الذي أشار إليه هو ما وقع في مسألة المدونة من قوله: وإن بعت عبداً من رجل بمائة دينار ولرجل عليك مائة دينار فأحلته بها على المبتاع فرضي ثم استُحق العبد فعلى مبتاعه أداء ثمنك لغريمك لأنه شيء لزم ذمته ثم يرجع بالثمن هو عليك.

قلت: ومثلها لو وقع رد البيع لفساد أو للعيب، وعن أشهب الحوالة ساقطة بسب الخلاف أن الحوالة فيها شائبة بيع أو شائبة معروف، غلّب ابن القاسم الأول وغلّب أشهب الثاني.

ومعنى مسألة الكتاب أن البائع باع ما ظنه ملكه ولو علم أنه غير ملكه لبطلت [126 أ] الحوالة باتفاق. وهو الذي أشار إليه الشيخ في جوابه ويعرّيه من الخلاف.

وسئل المازري عن الحوالة على الصيارفة ومَنْ عقودهم على الربا لأن أصحاب الأسواق من الكتانيين والعطارين والزياتين يدفعون غلاّتهم من الدراهم إليهم ويكتبونها دنانير، ويحيلون من يشترون منهم من التجار عليهم بالدنانير، فيخاف من لم يعقل منهم الحوالة ضياع حقه لأن أكثر هؤلاء فقراء ويخافون إن لم يأخذوا ضياع حقوقهم عند الآخرين وربما فلس أحدهم، هل يرجع على المحيل أم لا؟ وهذا عام في الناس ويكثر الضمان إن لم يفعل ذلك الأملياء والمستورون والمتمعّشون.

فأجاب: إذا تحقق أن جميع أموال الصيارفة للفقراء لكونها اكتسبت من ربا ففي معاملتهم بالقيمة من غير محاباة ولا هبة أو الضرب على أيديهم لمنافع المسلمين خلاف. فقيل: لا تجوز معاملتهم لأن ما يتعاوضون فيه ملك للغير ولا يجوز التصرف فيه، وقيل بجوازه لأنه عين ما بأيديهم لم يستحقه الفقراء بل قدره بدليل أنهم لو أعطوهم غيره لم يتعلق لهم حق بعينه فبدله بعضو يساويه جائز إذ لا مضرة على الفقراء بخلاف المعين إذ لا يجوز العوض عنه فإذا جازت المعاوضة ربما كانت خيراً إن كانت بمال ظاهر لا يستقيم إخفاؤه لو قام عليهم إمام، والحوالة عليهم جائزة على هذا الأصل. وأما فلسهم بعد صحة الحوالة فينظر إن كانت الحوالة على ما صح في ذمتهم بدين ثابت تقرر في ذمتهم ليبرأ المحيل ولا يرجع عليه إلاّ أن يفرَّ مِن فلس أو فقر ينفرد بعلمه فيرجع عليه لأنه مدلس كما لو دلس بعيب في سلعة باعها، وهذا إذا كان بلفظ يتضمن لفظ الحوالة أو ما في معناها، ولو وقعت على لفظ يتضمن القضاء والطلب فلا يبرىء المحيل. وفي مكاتب المدونة ما يدل على ما ذكرنا من التفرقة. وأما لو لم تكن الحوالة على دين ثابت بل على ما في أمانة الصيارفة فلا يقتضي البراءة على الجملة إلاّ على وجه يتضمن إسقاط الطلب على المحيل إبراءه على وجه ما ذكر في المدونة وغيرها من الحوالة على غير دين ثابت وما يتضمّن مَن أبرأ لغة وعرفاً أو مستدلاً عليه.

وسئل ابن رشد عن الحد الذي يكون الإنسان فيه رشيداً ذكراً كان أو أنثى أو ثيباً ذوي أبٍ أو يتامى بولاية أو مهمَلين وأحكام أعمالهم وجميع أموالهم.

فأجاب: التصرف لا يصح للإنسان من ماله إلاّ بأربعة أوصاف البلوغ والحرية والعقل وكمال الرُّشدْ. فشرط الحرية لكون العبد لا يملك ماله ملكاً تاماً لجواز انتزاعه فهو محجور بحق الملك. وأما الرشد فلأن الأموال مقام العيش وصلاح الدين والدنيا ونهي عن إضاعتها في غير وجوهها نظراً لعباده ورأفةً بهم، فقال تعالى: ﴿وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا﴾[1] الآية وقال ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمْ

---

(1) سورة الإسراء، الآية: 26.

يُسْرِفُواْ﴾[1] الآية. وأمَرَنا أن لا نمكنها السفهاء حياطة عليها فقال ﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾[2] ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ﴾[3] الآية. وأما البلوغ والعقل فشرط في صحة الرشد لضعف ميْز الصبي لمنافعه ولا المجنون لسقوط ميزه وقطع مادة الضرر عنهما فيُمنع من التصرف مَنْ ذكر حفظاً لها من الإضاعة المنهي عنها.

وأما البلوغ فحده الاحتلام في الرجل والحيض في النساء أو يبلغ أحدهما من السن أقصى ما يحتلم إليه، وفيه خلاف من خمسة عشر إلى ثمانية عشر، واختلف في حد من أنْبَتَ دون السن المذكور هل يصدق في دعواه أو يقام عليه الحد، على قولين عن مالك الأصح منهما تصديقه لأنه شك في احتلامه ولا خلاف في عدم اعتباره في ما بينه وبين الله تعالى.

قلت: لابن الحاج حد البلوغ الاحتلام والإنبات كما فعل عليه الصلاة والسلام في بني قريظة، وبلوغ السن خمسة عشر عند ابن وهب واحتج بحديث ابن عمر، ولا حجة فيه لأن مناط الإجازة إنما هو إطاقة القتال. ابن حبيب: ثمان عشرة سنة. وقيل سبع عشرة سنة وهو الأشبه، وهذا في حقوق الله تعالى.

وأما حقوق الآدميين لا يصح أن يكون مناط الحكم فيها الاحتلام إذ لا يظهر، وإنما مناطه الإنبات لأنه [126 ب] غالباً لايتأخر عن الاحتلام وإنما يكون مقارناً أو مقارباً. ولمالك في المدونة يحد إذا أنْبَتَ وإن كان ابن القاسم قد قال غير هذا فإنما هو بما يتعلق بحقوق الله تعالى. ولبعض البغداديين: أَبْيَنُ العلامات الإنبات وإنه لحسن عندي. وقول مالك في المدونة: إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء، ابن أبي زيد يريد: بنفسه لا بماله، فقد وقع في المدونة في الحبس ما ينافيه. وتأويل ابن أبي زيد المسألة ليردها إلى معنى واحد، غير أن شيخنا أبا جعفر بن يحيى قال: اختلاف القولين أبْيَن فيها. وقد وقع في سماع يحيى نص جلي في ما وقع من الكتابين المذكورين من اللفظ المُجْمَل الخفي فانظره.

---

(1) سورة الفرقان، الآية: 67.

(2) سورة النساء، الآية: 5.

(3) سورة النساء، الآية: 6.

ولزياد عن مالك: إذا احتلم الغلام وحاضت الجارية خرجا من ولاية أبيهما ولو حكم حاكم بشيء بعد تحري الصواب من هذه وإعذاره إلى من يجب إعذاره مضى حكمه.

قلت: طريق ابن رشد كأنها مخالفة لهذه وكأن حقوق الله عنده لا خلاف في اعتبار الإنبات ولا خلاف في حقوق الآدميين، فيجيىء في الإنبات ثلاثة أقوال ثالثها الفرق بين حقوق الله تعالى فلا يعتبر الإنبات وحقوق الآدميين يعتبر، وطريق ابن رشد وطريق ابن الحاج.

وتقدم أن بعض أشياخ الرسالة زاد لتسعة عشر. وزاد القرافي رائحة الإبطين، وزاد غيرهما فرق الأرنبة، وزاد بعض الطبائعيين غلظ الحنجرة وخشن الصوت وهو معنى ما يفعله بعض أهل العصر أنهم يديرون خيطاً مثْنياً برقبة الغلام ثم يجعل طرفة في الأسنان ويفتح ثنْيَ ذلك الخيط فإن دخل في رأس الغلام فهو بالغ وإلاّ فلا يكون بالغاً حتى يحتلم أو يبلغ أقصى أمد السن، وهو يرجع إلى ما قاله الطبائعيون وخلاف في شهادة ابن رشد.

والعقل محلّه القلب وهو علوم يتميز بها من بين سائر الحيوانات البهيمية والمجنون كالعلم بأن الإثنين أكثر من الواحد، والضدين لا يجتمعان، والجزأين إما مجتمعين أو مفترقين، والسماء فوقنا والأرض تحتنا.

قلت: وأعرف أنه حكي عن أبي حنيفة وابن الماجشون من أصحابنا أن محلّه الدماغ وكل من قال إنه في محل يكون بينه وبين الآخر صلة. وأحسن رسومه أنه غريزة يتأتّى بها إدراك العلوم.

قال: والبلوغ والعقل يدركان بأدنى النظر، والرشد حدّه حُسْن النظر في المال ووضع الأمور مواضعها، وفي شرط كونه صلاح الدين خلاف وهو مما يخفى ولا يدرك إلاّ مع طول الاختبار في المال، والتجربة فيه.

وفيه: اختلف العلماء في الحد الذي يحكم بالرشد فيه وهو بحسب الأحوال، وهي أربعة أقسام: إما أن يغلب عليه السفه فيحكم به ولو ظهر

رشده، أو يغلب عليه الرشد فيحكم به ما لم يظهر الرشد، وعكسه فيحكم برشده ما لم يظهر سفهه. وفي هذه الأقسام اختلاف كثير بين أصحابنا:

فالقسم الأول: الصغير فلا خلاف بين أصحابنا أنه لا يجوز معروفه من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ذكراً كان أو أنثى ولو أذن له الأب والوصي في عدمه، وبيعه وشراؤه مما يخرج على عوض لا قصد معروف موقوف على نظر وليّه فيمضي سداده ويرد ما ليس كذلك، ولو لم يكن له ولي قدم له من ينظر بوجه الاجتهاد وإن عقل حتى ولي أمره نظر لنفسه بالإجازة والرد. واختلف إذا كان سداداً مما للولي فعله لو كان من أهل الولاية أورده إن تغيرت حالته لنقض، فالمشهور المعلوم أن ذلك له على ما وقع لأصبغ في الخمسة. ورواية يحيى من التخيير والتمليك خلاف ما لأصبغ في نوازله من المديان.

وما أفسد أو كسر يلزمُهُ في مالِه مما لم يؤتمن عليه، واختلف إذا ائتُمِنَ عليه، ولا يلزم بعد رشده من العتق ما حنث به زمن صباه، واختلف إذا حنث بعد رشده في يمين حلف بها في صباه فالمشهور لا يلزمه خلافاً لابن كنانة. ولا يلزمه يمين في ما ادُّعيَ عليه، واختلف هل يحلف مع شاهده، والمشهور لا يحلف ويحلف المدعي عليه فإن نكل غرم ولا يمين له عليه إذا بلغ وإن حلف برىء فإذا بلغ حلف وأخذ حقه فإن نكل سقط حقه ولا تعاد اليمين ثانياً على المطلوب. وروي عن مالك [127 أ] والليث: يحلف مع شاهده، وحقوق الله لا شيء عليه منها لقوله عليه الصلاة والسلام (رُفع القلم عن ثلاث) فذكر (الصبي حتى يحتلم).

ومنه البكر ذات الأب والوصي ما لم تعنس، على مذهب من يعتبره، واختلف في حده على ما يأتي وذلك ما لم يدخل بها زوجها. ومنه: حال ثبتت به ولاية الأب أو مقدم السلطان حتى يطلق منها على قول مالك وكبراء أصحابه خلافاً لابن القاسم.

والقسم الثاني: ما يحكم برشده فمنه السفيه المهمل على قول مالك وأكثر

أصحابه خلافاً لابن القاسم[1] واليتيمة المهملة على مذهب سحنون.

والقسم الثالث: الحكم بسفهه ما لم يظهر رشده، فمنه الابن في حياة أبيه بعد بلوغه على مشهور المذهب والبكر ذات الأب والمهملة إذا دخل زوجها من غير حد ولا تفرقة بين ذات الأب والمهملة على رواية ابن القاسم خلافاً لمن حدّد أو فرّق بينهما على ما يأتي.

والقسم الرابع: الحكم بالرشد ما لم يظهر السفه فمنه البكر المعنس على مذهب من يعتبره على الخلاف في حده، والمدخول بها ومضى لها العام والعامان أو السبعة الأعوام على الاختلاف في حدّ ذلك، والابن ذو الأب بعد بلوغه، والابنة كذلك على رواية زياد عن مالك، وهذا على الإجمال.

وأما التفصيل فالابن الصغير في ولاية أبيه لا يجوز له فعل إلاّ بإذنه ولا هبة ولا صدقة مطلقاً، فإذا بلغ فإما أن يكون معلوماً بالرشد أو السفه أو مجهول الحال. فالأول أفعاله جائزة ولا رد للأب فيها وإن لم يشهد بإطلاقه وهو رشيد بنفس بلوغه وظهور رشده. وأما الثاني فمحمول على السفه فأفعاله مردودة ولا ينفعه الاحتلام. وفي مجهول الحال قولان، ففي سماع يحيى عن ابن القاسم أنه محمول على السفه فقال في كتاب الصدقات: ليس بلوغه بمخرجه من ولاية أبيه حتى يعرف بشهادة العدول بصلاح أمره وهو ظاهر الروايات. وروى زياد أنه محمول على الرشد حتى يثبت سفهه، وهو ظاهر ما في كتاب النكاح من قوله: إذا احتلم الغلام... المسألة، وإن تأولها أبو محمد أنه يذهب بنفسه لا بماله، واستحسن ابن العطار أنه يخرج من الولاية حتى يذهب بعد بلوغه نحو العام على أنه ذكر أنه لا يجوز تسفيه الرجل إلاّ أن يعلم سفهه، ولم يفرق بين قرب ولا بعد، وعن غيره من الموثقين لسفهه بحادثة بلوغه قبل انقضاء عامين جائز، فإن وصّى عليه أبوه في صغره أو قدم عليه السلطان كذلك فلا يزال محجوراً حتى يحلّه الوصي

(1) جملتان سقطتا من أ وب.

أو[1] أو ترد أفعاله ولو ظهر رشده حتى يطلق.

وعن ابن زرب: لا يجوز إطلاق مقدم القاضي إلاّ بإذنه، وقيل: يجوز بغير إذنه ولو لم يعرف رشده إلاّ منه، وقيل: لا يجوز إلاّ بإذن القاضي إلاّ المعروف بالرشد ونفذ عقداً تضمن شهوده معرفة رشده.

وأما وصي الأب فيجوز إطلاقه وهو مصدق في ما يذكر من حاله، وقيل: لا يجوز إطلاقه حتى يتبين رشده، وهي لأصبغ عن ابن القاسم في وصايا العتبية. وهذا الذي ذكرنا أنه لا يزال محجوراً حتى يطلق هو المعمول به المشهور وقيل حال الوصي كالأب يخرج من ولايته إذا علم رشده أو جهل حاله على ما مرّ من الخلاف وهو ظاهر ما وقع في هبة المدونة، ولابن الماجشون في الواضحة نحوه، ومذهب ابن القاسم عدم اعتبار ثبوت الولاية مع علم الرشد وعدم سقوطها إذا ثبت السفه في اليتيم لا البكر، ولابن القاسم مثل قول مالك وأصحابه، وعن رواية ابن وهب مثل قول ابن القاسم الأول.

فإذا مات الأب وخلّف ولداً لم يقدم عليه أحداً أو لا يقدم عليه أحد ففيه أربعة أقوال: الأول لمالك وكبراء أصحابه كلها جائزة نافذة بعد البلوغ عموماً عُلِم سفَهُه أو حدث بعد بلوغه أو لا من غير تفصيل. الثاني للأخوين: إن اتصل سفهه بعد بلوغه فأفعاله مردودة وإن حدث سفهه بعد البلوغ فهي ماضية لم يكن بيْعُه ظاهر السفه مثل بيع ثمن ألف بمائة ونحوه فيُرَدّ ولا يتبع بالثمن إن أفسده من غير تفصيل بإعلان سفهه أو غيره. الثالث [127 أ] لأصبغ: إن أعلن بسفهه ففعله مردود وإن لم يعلن به فهو جائز. وقول ابن القاسم ينظر لحاله يوم بيعه وشرائه فإن كان رشيداً فهو ماض وإن كان سفيهاً لم يجز شيء منها ولم يفصّل، واتفق جميعهم على إمضاء فعله مع جهل حاله.

وأما البكر فلا خلاف في رد فعلها ما لم تحضْ، فإذا بلغت فإما أن تكون ذات أب أو وصيّ من قِبَله أو السلطان أو مهملة. فذات الأب فيها ثمانية أقوال:

---

(1) جملة سقطت من أ.

أحدها أنها تخرج رشيدة بنفس البلوغ، رواية زياد عن مالك ومعناه عندي في من لم يعلم سفهه ولو علم فهي ولاية الأب.

والثاني أنها في ولاية الأب ما لم يدخل زوجها ويصلح حالها بشهادة العدول عليه لمالك في الموطإ والمدونة ورواية مطرف في الواضحة، فعلى هذا أفعالها مردودة قبل الدخول مطلقاً وبعده ما لم يعلم رشدها ولو بقرب دخولها، واستحب في رواية مطرف مضيّ عام لها من غير إيجاب.

والثالث مثل الثاني، وزاد أو تعنس فتجوز أفعالها مطلقاً ما لم يُعلم سفهها، وقبل التعنيس مردود. وكذا لو دخل بها زوجها ما لم يعرف صلاح حالها أو تعنس بعد الدخول فحينئذٍ أفعالها ماضية، ومثل ذلك مردودة ولو دخل بها بعد التعنيس[1] فلا يؤثر دخولها في رشدها ما لم يظهر سفهها. وفي حد تعنيس هذه قولان: أربعون عاماً، ومن خمسين إلى ستين، وروي عن مالك أنّ فعلها من المعروف جائز إن أجازه الأب ومعناه في مجهول الحال، ومن علم سفهها لا يجوز له أن يجيز معروفها فمجهولة الحالة المعنسة على هذا لم تحمل على سفه ولا رشد وأمضي قول أبيها، فتضمن هذا القول ثلاثة أقوال تكملة خمسة أقوال.

السادس: أنها محجورة ما لم يدخل بها زوجها ويمر عليها بعدُ سنة، قول مطرف. فظاهر قول يحيى بن سعيد في المدونة فأفعالها على هذا مردودة ما لم يمض لها عام بعد الدخول وإن علم رشدها، وبعد العام ماضية ما لم يظهر سفهها. ووافق ابن الماجشون في حد السنة وخالف في التعنيس إذا علم حسن حالها وجعلها تخرج بعده من ولاية الأب والوصي.

السابع: أنها في ولاية أبيها ما لم تحضْ سبعة أعوام، ويُعزى لابن القاسم وبه جرى العمل عندهم. ابن أبي زمنين عن شيوخه: خروجها من ولاية أبيها بمضي ستة أعوام إلى سبعة بعد دخولها ما لم يجدد عليها الحجر فيها وبه كان

(1) جملتان سقطتا من أ.

ابن زرب يقضي واختاره ابن العطار وهو يقرب من الثامن وهو مختلف فيه، فعن الإشبيلي لا يجوز التجديد عليها إلاّ أن يتضمن الشهود معرفة سفهها، وبه أفتى ابن القطان وهو القياس على مذهب من حد لرشدها حداً لأنها محمولة على الرشد بعده فلا يصدق الأب فيه حتى يعلم صحة قوله. ويتخرج قول ابن أبي زمنين على ما روي مالك أن معروفها بعد التعنيس جائز إن أجازه الأب.

واختلف المتأخرون إذا ولي عليها في هذه المدة فلم يمت أبوها حتى جازت ذلك الحد هل تلزمها الولاية الثانية؟ على قولين، فمنهم من رأى تجديد السفه عليها ومنهم من لم يصححه عليها وقالوا: هي بمنزلة البكر يولى عليها أبوها ثم تقيم مع زوجها سبع سنين فأكثر أن الإيصاء ساقط عنها، واحتجوا بما وقع من سماع أشهب في وصايا العتبية. ولم يختلفوا في لزوم الولاية إذا أوصي عليها بعد دخول زوجها ثم مات قبل بلوغها الحد المؤقت لرشدها ولا يبعد دخول الخلاف بالمعنى فيها. ولو أوصَى عليها وهي صغيرة أو بكر ومات وهي كذلك أو تزوجت ولم يدخل بها أو دخل بها ولم تمض تلك المدة لرشدها في لزوم الولاية عليها، ولو كانت ذات وصي أو مقدم من جهة القاضي فهي محجورة. وإن عنست ودخل بها زوجها ومضت مدتها وعلم رشدها ما لم تطلق من الحجر هذا المشهور المعمول به، وتقدم قول ابن الماجشون ورواية مطرف لابن عبد الحكم وعبد الرحيم.

وأما اليتيمة المهملة ففيها قولان أحدهما جواز أفعالها لسحنون، وعن ابن القاسم في المدونة ورواية زياد، والثاني رد أفعالها ما لم تعنس. فإذا عنست ففي حده خمسة أقوال: أقل من ثلاثين سنة، أو ثلاثون سنة، الأول لابن نافع والثاني لابن الماجشون، الثالث أربعون سنة رواية مطرف وابن القاسم وأصبغ، ومن الخمسين [128 أ] إلى الستين رواية سحنون عن ابن القاسم.

وفي المدونة: حتى تعنس وتقعد عن المحيض أو يدخل بها زوجها وتقيم معه، فحمل أمرها على الرشد قبل مضي عام لابن الماجشون واختاره ابن القطان وقيل ثلاثة أعوام ونحوها. ابن أبي زمنين: الذي عليه شيوخنا لا يجوز

فعلها حتى يمر لها في بيتها السنتان والثلاث.

فأما ما يلزم السفيه البالغ من الأحكام فيلزمه ما أوجبه الله على العباد في بدنه وماله، وما وجب في بدنه من حد أو قصاص والطلاق بيمين أو غيره والظهار، وينظر له وليه بوجه النظر في الكفارة على ما هو مذكور في الأمهات، وإن أراد أن يفارق عنه فعل، ويدخل عليه الإيلاء وغيره، ويفرق بين من تكرر منه أو لا على حسب ما هو مذكور في غير هذا. وإن حلف على ترك الوطء فإن كانت يمينه لعتق أو صدقة أو شبهه مما يحجر فعله عليه حجر عليه وليه ولا يلزمه إيلاء، وإن حلف بالله لزمه الإيلاء إن لم يكن له مال ولا يلزمه إن كان له. ويمينه بالصوم والصلاة وشبه ذلك يلزمه الإيلاء، وعلى قول ابن المواز في اليمين بالله تعالى مطلقاً، ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عتق ولا شيء من المعروف في ماله إلاّ عتق أم ولده وهي كزوجته. وفي تبعية ماله لها ثلاثة أقوال ثالثها الفرق بين القليل والكثير لرواية أشهب، ولابن القاسم وأصبغ، وعن المغيرة وابن نافع: لا يلزمه عتقها بخلاف الطلاق ولا يجوز إقراره إلاّ في مرضه فيكون في ثلثه، قاله ابن كنانة واستحسنه أصبغ ما لم يكثر. وبيعه وشراؤه ونحوه مما يخرج على غرض ولا يقصد به معروف موقوف على نظر وليه في الرد والإجازة بالاجتهاد. فإن لم يكن له ولي فمقدم القاضي لذلك ينظر له، فإن لم يفعل حتى ملك نفسه خيّر في نفسه في الردّ والإجازة، فإن رد بيعه أو ابتياعه وقد أتلف الثمن أو السلعة لم يتبع بشيء، ولو كانت أمة أولدها فقيل فوت وقيل لا كالعتق وترد ولا شيء عليه في الولد.

واختُلف إذا أنفق الثمن في ما لا بد له منه على قولين، ومن اشترى منه أمة فأحْبَلها أو أعتقها أو بقعة فبناها أو غنماً فتناسلت أو شيئاً له غلة فاغتلَّهُ فحكمه حكم من استُحق شيء من يده بالملك ترد الأمة إليه ويبطلها عتقها وإيلاؤها وتلزمه القيمة في ولدها على الاختلاف في المستحقة من سيدها، ولو كان الولد من غيره أخذه مع الأجر ويأخذ الغنم ونسلها ويأخذ قيمة البناء القائم وله الغلّة بالضمان، هذا كله مع عدم العلم بأنه محجور.

وأما لو علم أنه محجور باع بغير إذن وليه فحكمه حكم المغيّب. واختُلف في ما فوَّتَه السفيه بالبيع والهبة والصدقة والعتق فلم يعلم به حتى مات المحجور على قولين.

وكذا إذا تزوج ولم يعلم وليه حتى مات هل ترثه وتأخذ الصداق من ماله؟ ثلاثة أقوال: أحدها لا ميراث ولا صداق إلاّ أن يدخل فيكون لها قدر ما يستحلّها به، وعكسه لها الميراث والصداق وإن لم يكن غبطة ثبت الميراث وسقط الصداق، وإن قبضته ردّتْه ويترك لها ربع دينار. لأصبغ في الخمسة والأولان لابن القاسم وجاريان على فعله، هل هو على الرد أو الإجازة؟

واختُلف في جبره على النكاح كالصغير على قولين قائمين منها ومنصوصين في الواضحة، وكذا المخالعة عنه بغير إذنه فلعيسى عن ابن القاسم يخالع بغير إذنه خلافاً للمدونة ويلزمه ما أفسد وكسر مما لم يؤتمن عليه اتفاقاً وما ائتمن باختلاف ولا يمين عليه في ما ادعي عليه في ماله، وما ادعي عليه في ما يجوز فيه إقراره ففيه اليمين، ويحلف مع شاهده في حقه ويستحقه، فإن نكل انقلبت اليمين وبرىء المطلوب عند ابن القاسم، وعن ابن كنانة يبرأ المطلوب مع يمينه إلى أن تحسن حاله فله الحلف حينئذٍ ويستحق كالصغير ويدخل مع العاقلة في الجرائر ويجوز عفوه عن دمه في الخطإ والعمد.

واختلف في عفوه عما دون القتل من جراح بدَنٍ أو الشتم هل يجوز أم لا؟ الأول لابن القاسم يجوز عفوه عن كل ما ليس بحالٍّ، والثاني للآخرين لا يجوز شيء من ذلك.

واختلف في شهادته وهو ظاهر الرشد والعدالة، فروى أشهب جوازها وقال من رأيه: لا يجوز. وهذا الآتي على المشهور في عدم جواز أفعاله وإن ظهر رشده ما لم يخرج من الولاية.

هذه نبذة من أحكام المولّى عليه ملخصة ومستخرجة من الأصول بحسب الطاقة، وبالله التوفيق.

وسئل عمن حجر عليه السلطان بيع ربعه دون غيره، هل هو عام يمنعُه جميع التصرفات أو لا يمنعه شيئاً، أو في ما حجر عليه خاصة؟ وكيف لو باع الربع في ما يلزمه من دين أو غيره والحالة هذه هل يمضي أم لا؟

فأجاب: بأن حجر الحاكم عليه بيع الربع دون غيره خطأ من الحاكم لأن الحجر عام لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾(1) الآية. ودليل خطابه أنه لو دايَنَ الناس لوجب بيع ربعه في الدين الذي [207 أ] قد أطلق يده فيه. فقال: الأمر إلى بيع عقاره ممن ثبت سفهه وهو مهمل ولم يثبت رشده وهو في ولاية فلا تطلق يده في شيء من ماله دون عقاره إلاّ قدر ما يُختبَر به خاصة فله وجه، فقيل: يلزمه فيه ما عامل الناس به، وقيل: لا يلزمه. فإن حجر عليه القاضي ربعه خاصة لاختبار حاله فجهل سفهه فرهنه دين فباعه بسبب وكان بعد تحجير بيع الربع عليه مضى بيعه، وإن باعه لغير دين رد بيعه، وإن حجر عليه ذلك وهو في ولاية لعدم تحقق رشده فباع عقاره رد بيعه في ما يبيعه عليه القاضي أو لم يطلق يده على شيء لتحقق سفهه حتى يعلم رشده. والأصل رشد الآخر حتى يتبين سفهه فهذا فرق ما بينهما. هذا الجاري عندي على مذهب مالك الذي نعتقد صحته.

قلت: كان شيخنا الفقيه الإمام ـ رحمه الله ـ يقول: إن تحجير الربع خاصة ضرب من إطلاق يده في شيء دون غيره وليس بترشيد وإنما هو الإذن له في التصرف لمنافعه في بعض ماله لما ظهر له في ذلك من المصلحة. نحو ما حكى في الطرر: إذا طلب اليتيم المال لتختبره، فإن كان ممن يدخل الأسواق ويخالط الناس ويغبط المربح وينكر الغبن دفع إليه ما يُختبر به فإن أخرجه من يده بغير ما يجب إخراجه استرجع منه، وقيل يدفع إليه القليل منه ليختبر به كما ذكرنا وإن لم يختبر بدخول الأسواق. ولأبي عمران: إنما يجوز له أن يدفع إلى الصبي شيئاً يختبره به إذا كان مطلعاً عليه أو يجعل من يرقبه، وإن دفع إليه على غير هذا وبان به الصبي فإنه ضامن. قيل له: فما ربحه في المال المدفوع إليه

(1) سورة النساء، الآية: 5.

للاختبار هل تدخل فيه الديون أم لا؟ قال: لا يتأتى له ربح شيء مما في يديه، فمحال أن يربح شيئاً إذا كان عليه دين لأنه قد يكون ربح في بعض السلعة ويدخل في غيرها فلا يدخل الدين في شيء.

وفي المدونة: إذا أذن للصبي في التجارة أبوه أو وصيه لم يجز ذلك لأنه مولّى عليه. عياض والذي له في الوصايا: إذا أذن للصبي أن يتّجر ولم يذكر أنه دفع إليه مالاً لكن إطلاق الجواز على فعله يدل على أنه خلاف قوله هنا، ومثل قول الغير في السفيه البالغ. وذهب الشيخ أبو محمد والقاضي أبو محمد وغيرهما أنه يجوز دفع المال ليتيمه ليختبره وللصبي إذا كان يعقل التجارة، وهو ظاهر ما في كتاب ابن حبيب ثم ذكر ما تقدم لأبي عمران.

اللخمي: يريد بالصبي الذي قارب البلوغ إن رأى دليل رشده. قال شيخنا: وهو مقتضي كلام المتيطي وغيره من الموثقين.

قال: للوصي أن يدفع ليتيمه بعض ماله يختبره كالستين ديناراً ولا يكثر جداً إن رأى استقامته، فإن تلف لم يضمنه وإن لم يصلح اختباره.

وفيها: إن دفع إليه من ماله ما يختبره به لم يلحقه فيه. ابن يونس عن القابسي: يلحقه فيه ما عومل فيه بنقد لا ما عومل فيه بدين، إلاّ أن يكون بيده أكثر مما دفعه له وليه فيكون حق الذي داينه في الزائد إن كان من معاملته إياه.

وفي النوادر: للوصي أن يدفع مالاً للصبي ليختبره به ولا يضمن الوصي ما نقص منه. ابن حبيب: والوصي مصدق في ما دفع إليه إن أنكره إذا علم أن اليتيم كان يتّجر.

قال شيخنا الإمام: ويلزم منه أنه مصدق في أنه ما دفعه إلاّ لأنه أهل لاختباره بذلك ما لم تقم بينة بخلاف ذلك. ابن عات: وقيل لا يقبل قوله في ذلك إلاّ ببينة كدفع المال إليه والنفقة إذا لم يكن في عياله. ولبعض فقهاء الشورى: إن أشهد الأب أو الوصي أن ما أدرك المختبر من دين ففي أموالهما لا في أموال الصبيان جاز عليهما ولزمهما ذلك بمنزلة ما لو وكّلاه على شيء من ماليهما فإقراره في ذلك وفعله جائز. وكذلك من وكّلَ سفيهاً على شيء

[207 ب] من ماله، قال: ويلزم الأب والوصي اليمين إن أنكر الصبي دعوى المدعي عليهما أنهما لم يطلعا على ذلك ولا أقرّ عندهما به.

قلت: ظاهر هذا جواز توكيل المحجور، ويقوم مثله من الوصايا الثاني حيث قال: يجوز أن يستأجر في الحج إذا كان لا مشقة عليه فيه، وهو نظر إذ لو أذن له أن يتجر وأمره بذلك جاز. وعليه حمله التونسي أنه يتجر بمال الغير وحمله ابن عبد الغفور أنه يتجر بمال نفسه. ولبعض شيوخ المتأخرين أنه يكره للإنسان أن يدفع ماله لسفيه لتجره.

وسئل ابن رشد عن تحجير حاكم على غير مولًّى عليه بيع ربعه، هل هو حجر تام نافذ يمنع فيه بيع ما له قدرٌ من عين الربع أم لا؟

فأجاب: لا يصح تحجير الحاكم على غير مولّى عليه بيع ربعه خاصة إذ لا يجوز التحجير على أحد في ماله إلاّ بعد ثبوت سفَهِه، فإن ثبت ببينة لا مدفع فيها وجب تحجيره عموماً لا في الربع خاصة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ الآية.

المازري: صفة اختباره أنه إذا اشتغل بنفسه في تغذيته وتدبير طعامه دفع له من العين لشراء غذائه ونظر فإن سلك فيه مسلك الرشد دفع له من ماله ما ينظر فيه تصرفه. وعن الشافعي: إن كان من أبناء الوزراء الذين لا يليق بهم التجر دفع له من إنفاقه عل أهله وولده ما يُختبر به. والمرأة تُختبر بتصرفها في أمور الغزل. وما قاله الشافعي تضمّنه قولنا: الغرض ما تدل قرائن الأحوال.

ابن عات: اختبار رشد اليتيم بدخوله الأسواق ومخالطة الناس في أشريتهم وبيوعهم فيعرف رشده بأن ينكر على المغبون ويغبط الحافظ لماله ويصوّب فعله. ويختبر رشد النساء اليتامى بكل ما يُعرف منهن من ذوي محرم أو نسوة يعرفن الرشد والصلاح.

واختُلف في معنى قوله ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ فقال قوم: هم النساء، وقال آخرون: هم اليتامى، وقال قوم هم: النساء والصبيان، وهو تخصيص بغير دليل، وعن آخرين: كل من وقع عليه اسم سفيه من صغير أو كبير ذكر أو أنثى

وهذا أولى به وهو مذهب مالك. وعن ابن عباس: إذا أنكر عقل الشيخ حجر عليه وهو قول جلة العلماء وعليه العمل، من الاستغناء.

ابن المواز عن ابن القاسم: من أطلقه الولي برشد ظهر منه ثم ظهر منه سفه حجر عليه ثانية ونزع ماله. المشاور: إن علم الوصي رشده ولم يدفع إليه ماله وتلف عنده ضمن سواء تلف ببينة أو بغير بينة لأنه متعدّ في حبس ماله ظالم له وغاصب لمال من لا ولاية عليه في الأصل. وكذا إن أقام بينة بترشيده لا وقت تلف ماله ضمنه الوصي، وإن شك في رشده فدفع إليه ماله بغير أمر الإمام ضمنه، وإن تعارضت البينات فبينة السفه أولى. المشاور: ينظر إلى أعدل البينتين، وهو أولى لأن السفيه في المال ظاهر لجميع الناس كالرشد لا يخفى عليهم.

قلت: وتكون بينة شبه الناقلة فيعمل بها أو بالأرجح.

قال: وليس كتعارض الفسق والعدالة لأن الفسق مما يخفى وإن تكافأتا سقطتا وبقي سفيهاً. وانظر لو شهد برشده عند القاضي وسلم الوصي فأطلقه القاضي ثم باع واشترى ثم قام بوثيقة تتضمن أنه لم يزل سفيهاً منذ علموه قبل مدة الإطلاق أو بعدها، هل تمضي أفعاله في الفترة لأن القاضي حكم بترشيده لا سيما إن كانت بينة الرشد أعدل فيكون وافق قولاً لأهل العلم أو يردّ ذلك إن كانت بينة السفه أعدل لأنه حكم بخطإ القاضي إذا شهد عنده في رحى تحدث على أخرى أنه ليس [208 أ] بضرر فحكم القاضي بها فأحرقت الرحى وأضرت بالأخرى أنه ينقض.

قلتُ: لم يجب عليها وجعلها محل نظر، والصواب أنه حكم مضى في ذلك ويحكم الآن بسفهه في المستقبل ويكون كدوام شهادة البينة في العدم. والفرق بينهما وبين مسألة الرحى المقيس عليها لأن وجود الضرر هنا يقيناً فأشبه إذا ظهر خطأ القاضي يقيناً لمخالفته الكتاب أو السنة أو الإجماع القاطع. ويؤيده ما ذكره بعده إذا أطلق الوصي اليتيم ثم باع ماله وأفسده وقامت البينة أنه لم يزل سفيهاً منذ عرفوه إلى وقتهم هذا لزمته الولاية ورد فعله وعزل الوصي وجعل

عليه غيره ولم يضمن الوصي شيئاً مما أتلفه لأنه فعل باجتهاده. ابن رشد: ظاهر الرواية أن الوصي من قِبَل الأب يجوز إطلاقه مَن إلى نظره ويصدق في ما يذكر من حاله وإن لم يعرف ذلك إلاّ من قوله.

وقيل: إن إطلاقه لا يجوز إلاّ أن يتبين حاله ويعلم رشده وهي رواية أصبغ عن القاسم في الوصايا. وإن كانا وصيين فاختلفا في إطلاقه نظر القاضي في ذلك ولم ينطلق إلاّ بثبوب رشده لاعتراض المعترض. وكذا إن كانوا جماعة فاعترضه أحدهم وسواء كان الأب أو قاضياً. وحكي عن بعض المفتين أنه إذا كان على اليتيم وصيان أو ثلاثة فمات الواحد أو الاثنان ولم يجعل القاضي في موضعهما غيرهما مع القاضي أو يجعل ذلك إليه فأطلقه الباقي على يديه أو يد قاض فلا يجوز الإطلاق وهو على الولاية في جميع أفعاله حتى يجعل مع الحي من يقوم مقام الميت من الأوصياء ليجتمعا على الإطلاق، أو يكون الإعذار إليهما إن لم يجتمعا، وإنما لا يجوز إطلاق الباقي دون من مات إذا لم يُجْعَل معه غيره، لأن الواحد قد يُمَوّهُ عليه في الرشد وقد لا يدفع في ذلك. وكان غيره يدفع في الإطلاق بوجوه لا يعلمها الباقي فلا يكون له ذلك ولا يتم الترشيد لهذه العلة.

قلت: ظاهر هذا الكلام أن المحجور إذا رشد لا يعذر إليه وإنما يعذر إلى حاجره. وبهذا رأيت العمل بتونس وشاهدتُهم في القيروان يعذرون للمحجور في من شهد له برشده، وهو أحوط بدليل ما تقدم إذا أقام بينة تسفهه بعد أن أطلقه القاضي ببينة برشده أنه لم يرد فعله وقد يكون في إطلاقه ضرر عليه ومنفعة مقصودة للأوصياء فإذا أعذر إليه فسلم فلا يقبل منه ما أتى به بعد علمه ذلك لأنه يكون مكذباً لها وبيّنة مكذبة للأولى لكنه يكون ابتداء التحجير.

وظاهر ما تقدم أيضاً أنه إذا أطلقه القاضي لأحد الأوصياء ولا علم عنده بموت من مات حتى جعل في موضعه من يقوم مقامه أنه لا يمضي.

وقد وقعت مسألة بالقيروان منذ أربعين سنة وهو أن محجوراً عليه وصي ومشرف فمات المشرف ولم يسند إيصاءه إلى أحد فتحمل المحجور بحمالة

بمال له بعد أن أطلقه الوصي وتضمن الشهود إطلاق الوصي المذكور فقط، ثم ظهر رسم الوصية وفيها ذكر المشرف وأنه مات ولم يسند الإيصاء إلى أحد فاحتج بعض من أراد إثبات الترشيد بأن قاضياً قدم هذا المحجور في بعض القضايا وقالوا في الوثيقة إنه بحال صحة وطوع وجواز أمر. فاحتججت عليه بأن تقديم القاضي في شيء من غير علم لا يفيد بدليل ما سئل عنه ابن رشد: عن محجور توفي المقدم عليه من قبل القاضي وبقي زماناً طويلاً لا ناظر عليه ولم يطلق بوجه فقدمه بعض القضاة على محجور ولا علم له بحجره مطلقاً أو لا يعلم هل كان عالماً بحجره أم لا، فهل تقديمه [208 ب] على المحجور يؤذن بإطلاقه من الحجر مطلقاً أو لم يزل محجوراً لعدم ذكر القاضي عند التقديم إطلاقه؟

فأجاب: إذا ثبت حجره فمن قدمه من القضاة وجب نقض تقديمه وبقاؤه على حجره إن علم سفهه أو جهل رشده. ولو علم رشده فالذي أختاره في هذه المسألة أن تقديم القاضي إياه خروج من الحجر مراعاة لقول ابن القاسم وأحد قوليْ مالك: إذا علم رشد المقدم عليه لا تعتبر الولاية عليه ويكون رشيداً. وكذا أجاب عنه ابن الحاج بما تقدم فيه هذا الكلام.

وما احتج به من قوله «وجواز أمر» فقد حكى فيه ابن عات عن ابن فتحون قولين، لكن قدمت أن المازري حكى من كتاب الحمالة من شرح التلقين قال: جرى الرسم منا ومن أشياخنا الفتوى بترك الاعتداد بقول الموثقين في وثائقهم «شهد على فلان وفلان بما نسب إليهما في هذا الكتاب طوعاً في صحة عقولهما وجواز أمرهما» أن ذلك لا يكون ترشيداً لمن وصف بأنه جائز الأمر لكونه لم يقصد الشهود الشهادة به ولو قصدوا إلى الشهادة بذلك لم يحل لهم أن يشهدوا حتى يكونوا اختبروا من وصف بذلك وعلموا رشده، ولهذا يقول الموثقون إذا أرادوا ذلك «وعلى علم الشهود بكون فلان وفلان رشيدين لا تولي عليهما» على حسب ما اعتادوا من العبارة في هذا المعنى. لكن كان بعض المشائخ إنما يرى هذا تلفيقاً من الموثقين إذا أدرجوه في آخر الوثائق درجاً على ما اعتادوه.

وأما إذا وقع في أحكام القضاة فوصفوا رجلاً بأنه جائز الأمر فإنه لم تجر عادتهم بأنهم يصفونه بذلك تلفيقاً بل قصدوا إلى ثبوت ذلك الوصف عندهم، انتهى كلامه. فبعث إلى الشاهدين اللذين قالا وقفنا على رسم الترشيد فاضطرب أمرهما وقالا: لا ندري ما كان، فأخرج الغريم حينئذٍ من السجن وأعذر إلى الطالب في إثبات ترشيده على الأكمل فلم يجد شيئاً فأبطل الدين وأقام رسماً لشهود استرعاء بترشيده حينئذٍ.

ابن عات: كتب إليّ المشاور في من جعل وصييْن على ابنه ومشرفاً معهما فغاب أحدهما على نحو اليوم وبعض اليوم وهو موضع سكناه وتولى المشرف النفقة من ماله على بني المتوفى ثم قام على الوصي الحاضر بعد مدة وأثبت نفقاته فباع الوصي الحاضر من المشرف في نفقاته رحًى لليتامى وأصولاً كان لها غلة فاغتلها المشرف نحو ثلاثة أعوام ولم يعذر إلى الوصي الغائب أو أعذر إليه ولم يجز ذلك فلما قدم رأى أن الأملاك المبيعة لم تبع بربع ثمنها يوم قدم الوصي فرفع القصة إلى قاضي الموضع وفسخ البيع، أتمضي غلة الأعوام الماضية للمشرف لشبهة البيع أم لا ويقاصّ بها؟ وكيف لو كان في شرط الوصية أن من عاقه عائق فالباقي مفرد بالوصية؟.

فأجاب: يعزل الوصي الذي باع والمشرف على النظر لليتامى ولا يجوز البيع ويفسخ على كل حال ويرجع عليه بالغلة لأنه متعد وليس ذلك بوجه شبهة وليس لغرض ظالم حق، ولا ينفع شرط الموصي إذا عاق أحد الأوصياء عائق أم لا. ولو فعل ذلك الأب في مال ابنه لفسخ بيعه. وكذا إن وكل الموصي أو المشرف وكيلاً على قبض غلات اليتامى أو رباعهم ثم طالبوا المناصفين بالأرقاع والغلات بعد أن رفعها وقال المناصفون وأهل الغلات: إن وكلاءكم قبضوا ذلك منا في وقتها فأنكر الوكلاء أو أقروا بالقبض والدفع إلى من وكلهم وماتوا وبقي ورثتهم وادعوا أن الوكلاء قد كانوا فعلوا ذلك إلى من وكلهم أو لم يكن عندهم علم ذلك أن القول قول المناصفين مع أيمانهم أنهم دفعوا إلى الوكلاء أنصب اليتامى من الأرقاع إذا كان الوكلاء هم تولّوا أمر اليتامى من أول شيء، والقول

قول الوكلاء إنهم قد دفعوا ذلك إلى الوصي إن كانوا أحياء، وإن كانوا أمواتاً فالقول قول ذريتهم[1] إنهم لا يعلمون أنه بقي على الميت من الأرقاع شيء.

وكذا القاضي إذا [209 أ] نظر في صفة حسن فاختلف مع المناصفين بذلك أن القول قول المناصفين في قدر الأرقاع ما لم يتبين كذبهم بالأمر البين، وسواء كان القاضي والوصي ممن يتولى ذلك أو لم يكن، إذ لهم أن يوكلوا من يقوم بضياع اليتامى والحبس ويتولى أمر المناصفين.

بخلاف الوكيل إذا كان للوصي أيتام في حجره ولهم بيده غنم أو بقر وحرث ثم عُزل عن إيصائه وأقام بيّنة أن الأيتام كانوا في حضانته ولم تدر البينة هل كان ينفق على الأيتام من مالهم أو من ماله، فادعى أنه كان ينفق عليهم من ماله وأراد الرجوع عليهم بذلك من مالهم وأن الدين كان بيده من البقر والغنم والحرث لا غلة له، وشهدت بينة أن مالهم الذي بيد الوصي تقوم غلته بنفقتهم، فهل يقبل قوله إنه كان ينفق من ماله أم لا؟

فأجاب ابن رشد: إذا شهدت البينة أن في غلة ما كان بيده للأيتام ما تقوم به نفقتهم ببينة عدلة لا مدفع له فيها فلا شيء له ادعاؤه إن أنفق عليهم من ماله.

وسئل عن مشرف جرى بينه وبين المحاجير شَنَآن ومخاصمات فهل يعزل بمجرد ذلك أو حتى يظهر ما يوجب ذلك؟ وكيف لو أخفى مالاً واختلسه من الوصي واعتذر بأنه خاف من الوصي هل هو عذر ينفعه في اختلاسه وإنكاره أم لا؟

فأجاب: ما جرى بين المشرف والأيتام فظهوره عليه يوجب سقوط مشورته لعداوته فلا يؤمن عليه، وكذا في اختلاسه المال فظهوره عليه يوجب إسقاط إشرافه ولا يُعذر بما ذكر وتقدم مع الوصي تحيزه.

ابن عات عن ابن لبابة: إذا دفع الوصي في إطلاق المحجور وجب التحفظ منه والبحث عليه وعن فعله لسوء معاشرة ومطالبة فهو أسهل لأنه قد

(1) أربع جمل سقطت من أ.

يسقط شهادة الشاهد بالعداوة ولا يكون جرحة في الشهادة وإن كان على وجه الظلم لليتيم لم يترك للنظر على غيره ووجب سقوط شهادته وسخطته إذا لم يجد مخرجاً يعتذر به.

وسئل ابن رشد عن شريك في أملاك على الإشاعة مع غائب ففي أعوام يستغل الربع ثم حجر على الغائب بموجب الحجر فأقام ثلاثة أعوام بعده ثم قام يطلب إظهار مستغل الربع قبل الحجر، هل له ذلك أم لا؟ وكيف لو كان الشريك وصياً عليه؟

فأجاب: للمحجور طلب حقه فإن جحده وقامت عليه البينة تبيّن استهضام التركة وأكل ماله عزل عن النظر له.

قلت: وسألت شيخنا المفتي أبا القاسم أحمد الغبريني ـ رحمه الله ـ هل يقوم السفيه بطلب حقوقه وإظهارها عند من تعينت ويثبتها والتوكيل على ذلك؟

فأجاب: طلب حقوقه والبحث عنها والوكالة على ذلك لا سيما إن كانت امرأة.

وسئل ابن رشد عن وصي اشترك مع أيتام في غنم وكتب عند الشركة أن للوصي على الشريك سبعين مثقالاً ثم عزل وقدم غيره وفاصل عن الأيتام مع الأول فطلب للأيتام الدنانير المذكورة وادّعى الوصي الأول أنها له ديناً على الشريك فلمن الدنانير المذكورة؟

فأجاب: إن كانت الدنانير ذكرت بعد تمام الكلام في الشركة ولم يكن ما يدل فيه أنها للأيتام فهي للوصي الأول بعد يمينه على ما ادعاه.

وسئل عمن قدم امرأة على ابنها سداسي السن أو نحوه تحت إشراف ابن عمه في بيع الأصول فقط فأرادت الأم التزويج فقام المشرف يطلب عزلها لأجل التزويج لأنه يتلف مال الصبي وأخذ يشتكي بذلك والأم صالحة موسرة ظاهرة السداد وحسن النظر لابنها؟ وكيف لو كان معانداً لها من قبل التزويج هل يوجب مجرد التزويج عملها أم لا؟

فأجاب: بأنه إذا ظهر [209 ب] من حالها ما ذكرتَ من الأوصاف أقِرّتْ على حالها بعد تخصيص مال الولد بالإشهاد عليه، ولو جُهِل حالها شرك معها في النظر من يكون المال عنده ولا يترك عندها لأن زوجها يغلب على جلب أمرها كما قال مالك: ولا تُعزل بالتزويج إلاّ أن يثبت ما يوجبه

وسئل عن رجل له ولي محجور له مال وتصدق عليه بصدقات ونحَل نِحَلاً، وطلب هذا الرجل من الوصي أو الحاكم فسخ تلك العقود وقام في الكشف لوصيه عما بيده من مال المحجور إذ زعم أنه وارث وأن المال إن توفي هذا المحجور صائر إليه، هل له في ذلك حجة أم لا؟

فأجاب: ليس لوارث اليتيم أن يستكشف وصيه عمّا له بيده من المال ويخاصمه في ذلك ولا أن يأخذ منه نُسَخ عقوده، وعلى الوصي أن يشهد ليتيمه بما له عنده من المال فإن أبى من ذلك أخذه الحاكم[1]. . . أنه أن يوقف فيعين ما لليتيم عنده.

ابن عات: إذا أوصى رجل ببنيه إلى رجل ثم مات وقام محتسب من قرابة بنيه أو غيرهم يريد الكشف عليه لم يكن له ذلك ولم يعرض له إلاّ أن يقوم بوجه يتبين للقاضي الكشف عليه، مثل أن يكون لا مال له أو يكون عليه ديون ويخشى أن يغرم من مال اليتيم ولا يوجد له قضاء وشبه ذلك فينظر القاضي حينئذٍ في ذلك. وكذا إن كان وصياً من عند قاض.

قال أحمد بن نصر: لا يكشف عليه قريباً كان الغائب أو بعيداً إلاّ أن يستراب في نظره أو يخاف منه مثل أن يلحقه دين أكثر مما بيده أو ينفق على نفسه نفقات أكثر مما يحمل ماله. قال غيره: هذا إن كان أصل المال عنده معروفاً، فإن لم يكن معروفاً وجب تعرف قدر ما عنده، وكذا الأب في ابنه الصغير.

وعن ابن الماجشون: إن حاسبه فخرج له عليه من مال الوصي زيادة كثيرة

---

(1) بياض بمقدار كلمتين في أ وج.

مما يعلم لكثرته أنه ليس من غلة الحساب ولم يجهله حين أنفقه لم يرجع به، وما كان يعلم أنه يغلط في مثله في النفقة كغلط الحساب أتبعه به في ماله وذمته. وقال أصبغ مثله إلاّ قوله في ذمته، فإنه قال: لا يتبعه بشيء وإن كان له مال حلف واستوفاه. رواه أبو زيد عنهما.

وسئل ابن رشد عن متوفاة خلفت بنتاً وزوجاً وأختاً محجورة فقام وصيها وطلب الزوج وابنة له أخرى في التركة وزعم أنها مع والدها الزوج[1]. . . لأجل استبداد الزوج وابنته من المتوفاة بالتركة وأنها نفلت إلى ابنته الرشيدة ولم يرمها بغصب ولا سرقة، هل يلزمها يمين أم لا؟ وكيف لو كانت ممن لا يتهم بالسرقة؟

جوابها: يمين البنت لازمة على كل حال.

وسئل عمن توفي عن زوجة مدبرة وثبت عليه كالئها فهل يمين الاستبراء عليها أو على سيدها أو هي كالسفيهة؟ وكيف لو ثبت لها دين بشاهد وهي غير مأذون لها أو مأذون لها، مَن يحلف اليمين أهي أم سيدها؟ وكيف لو أقرّ بها في مرضه وورثته عصبة هل هي كالصديق الملاطف؟

فأجاب: الذي أراه على أصولهم إن أذن لها في التجارة أو قبض كالئها حلفا جميعاً، لأن من أقرّ بقبضه منهما فإنه يسقط ولو لم تقم بينة على الدفع. وإن لم يأذن لها في القبض ولا في التجارة فلا تحلف هي إذ لا يقبل إقرارها بالقبض ويحلف هو إنه ما قبض ولا علم بقبضها لأنه لو أقرّ بأحد الوجهين لبرىء الزوج. وأما الدين لها بشاهد فهي تحلف معه وتزيد في يمينها يمين الاستبراء أذن لها في التجارة أم لا، فإن نكلت فمن حق سيّدها الحلف إن شاء ويستحقه وإن شاء انتزعه ولا يدخل في نكولها الاختلاف الذي في نكول السفيه إذ ليست بسفيهة [210 أ] وإقراره لها بدين في المرض هو كالصديق الملاطف كما ذكر.

قلت: تقدمت يمين السفيه وما فيها من أحكام ابن سهل وغيره.

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصول.

ابن عات عن الأبهري: الوصي مصدق في ما دفع من النفقة لأنه لو كلف البينة على ذلك لشقّ عليه إذا كان يحتاج أن يشهد على درهم ودانق وجبة وهذا من الإضرار الموضوع على الناس، ولا يمنع مانع من أن يكون القول قوله في ما يشبه من النفقة. وكذلك قال مالك: إنّ طالب اللقطة إن جاء بالعلامة دُفعتْ إليه من غير بينة إذ في تكليفه البينة ضرر عليه ومشقة إذ لا يحضره من شهد عليه ولو كلف ذلك لأدى إلى تلف الأموال. وحديث النبي ﷺ «البينة على المدعي» إنما ذلك إذا ادّعى شيئاً في يد غيره وهذا مدّعٍ لما لا يدّعيه أحد، وكما لا نستحلفه كذلك لا تكون عليه بيّنة.

أحمد بن نصر: قوله مقبول في ما دفع من النفقة إذا أشبهت مثل نفقة الأيتام في حضانته كانوا أو غير حضانته من غير بينة وهل لهم أو عليهم أنفسهم البينة إن لم ينفق عليهم، وإلاّ فالقول قوله من غير يمين تلزمه في عدم الأيتام في ذلك وللحاضن اليمين عليه في دعواه. ولغيره: فإن كانت إلى الحاضنة أماً وقال الوصي: قد تم مال الأيتام وصدقته وطرحتهم إليه ثم قامت بعد ذلك تدعي أنه بقي عنده من مالهم شيء فلا يقبل قولها في ذلك، ولا يمين على الوصي إن ذهب إلى ذلك بسبب حضانتهم وتُرجى الحجة للأيتام إلى وقت بلوغهم.

ورأيتُ لبعض المفتين أن اليمين على الوصي المتهم.

وفي السؤال أنه كان أخاً لهم، ورأيت له أن الموصي إذا كان أخا اليتامى وكان المال مشتركاً فتجر به فالربح له. قال: وحسن أن يواسي منه اليتامى في عدد المال إذا لم يكن معلوماً، وكذلك إذا كانوا في حصته وعليه اليمين إذا اتُّهِم وادّعيَ عليه أكثر مما أقرّ به.

الأبهري: وإن قال الوصي دفعت إلى فلان كذا وكذا فلا يجوز ذلك إلاّ ببينة لأنه مدّع لما يذكره وقد يمكنه الإشهاد عليه من غير مشقة، وليس كذلك الإشهاد على النفقة لأن ذلك يشق عليه، لو كُلِّف أن يُشهد على كل درهم ودانق وأقل أو أكثر فخُفِّفَ عنه بترك الإشهاد وقُبِل قوله في ما يشبه نفقة مثل المنفق عليه.

وقال غيره: مَن كشف على الوصي وعرف ما عنده حوسب بما بقي، وإن كانت للوصي زيادة ولا مال لليتيم من عرض ولا غيره فإنه لا رجوع له بشيء من الزيادة لأنه متطوع بالنفقة. وإن كان له مال حلف ورجع بها.

الشعباني: ولا يُقبل مِن ولي اليتيم والسفيه أن يقول أنفقت عليه من ماله وهو الذي بقي ولا يقبل منه غير رفع الحساب، فما أشبه فعله في مثله قُبِل منه وما رفع مما لا يشبه أو مما هو ممنوع حسب له السداد وطُولِبَ بما بقي.

قلت في زكاتها: ومن في حجره يتيم بغير إيصاء أحد وله بيده مال رفع أمره إلى الإمام فينظر له فإن لم يفعل وأنفق منه عليه وزكى عنه الفطر وبلغ الصبي فهو مصدق في نفقة مثله في تلك السنين، ويقبل قوله إن قال أديت عنه صدقة الفطر كانوا في حجره أو في حجر الأم، وتقدم الكلام على هذه قبل هذا.

ابن عات: من أسلف يتيماً في عمارة منزله فإن كان مما يخاف خرابه وانهدامه رجع عليه وأما غير ذلك من مرمّة أو شراء دابة أو سلعة يرجو له بناءها فلا يلزم اليتيم إلاّ أن يجد شيئاً من ذلك بعينه فيأخذ الموثق إن دفع الوصي لليتيم أكثر مما يجب في نفقته وكسوته وصرفه فأتْلفه اليتيم ضمن الوصي لأنه عرضه للتلف بدفعه له وكذلك السفيه.

المشاور: إن دفع وصي إلى من في ولايته ما لا يكيفه عن نفقته في حجه وسفره فأتلف بعض ذلك ثم تسلف باقي سفره أو تداين ضمن الوصي ما تسلف [210 ب] المولى عليه ورأس مال اليتيم، لأن الوصي إذا لم يدفع ذلك إلى من يجريه عليه فعجز عن ذلك دفع من مال المولى عليه وسقط عنه ما بقي.

المشاور: وإن تسلف الوصي على الأيتام حتى يبيع ما لهم فأنفق ذلك عليهم ثم تلف عرض اليتامى لم يضمن الوصي شيئاً إذا قال اليتامى استلف وإن لم يقل ضمن ذلك. وما اشترى ولي الأيتام وتداين على الأيتام فذلك عليه لأنه وليهم فهو يدفعه من مالهم ويبرأ. ولا يجوز له أن يتداين عليهم إلاّ أن يكون شيء يرهنه أو يبيعه عليهم أو يكون له غلة يرجوها ولا يجد مسلفاً عليهم ولا من يبيعه رهناً بنقد فيجوز حينئذٍ على وجه النظر لهم.

وإذا أنفق الرجل على صغير يتيم أو له أب ولهما أموال فللمنفق أن يرجع نفقته في أموالهما إذا كانت لهم النفقة ببينة، وإن لم تشهد أنه إنما أنفق ليرجع بعد يمينه إنه إنما أنفق ليرجع في أموالهما لا على وجه الحسنة. وكذا لو لم يكن للولد مال والأب موسر لأن يسر الأب كمال الابن.

وروى يحيى بن يحيى السبائي أنه ليس له الرجوع في أموالهما إلاّ أن يكون قد أشهد أنه أنفق ليرجع وهذا إذا أنفق على اليتيم وهو يعلم أن له مالاً وأن أباه موسر، ولو كان لا علم عنده في الوجهين فلا يرجع، وقيل له الرجوع والقولان قائمان من المدونة، انظره في طلاق السنة من سماع سحنون.

ابن سهل: في أحكام ابن زياد ما ادعى الوصي من النفقة في إصلاح مال اليتيم والاستئجار له فالقول قوله ويصدق ويبرأ من ذلك، انظر المتيطي في صفة حبسه وقد تقدم بعض أحكام هذا الفصل في غير هذا.

ابن عات: انظر إذا طلب هذا المنفق الرجوع على اليتيم بحكم وقد قامت له بينة بالإنفاق وبينة على قوله إنما أنفق ليرجع ولليتيم مال يوم أنفق، هل يكلف يمين القضاء على أنه لم يقبض إنفاقه من مال اليتيم ولا أسقطه لإمكان أن يصل إليه ذلك من حيث لم يعلمها القاضي، لأن القضاء على اليتيم كالقضاء على الغائب.

وانظر في مسائل المحجور من كتاب ابن سهل وقد لا يكون هنا على الوصي قضاء لأنه مأمور بالإنفاق على اليتيم ليرجع به في ماله سواء أنفق من مال نفسه أو أنفق من مال اليتيم وهو قائم بما أنفق، بخلاف غيره. وفيه تأمل فإنه يظهر من هذا الموضع في وثيقة ذكرها أن القاضي يقضي على اليتيم للوصي حقه الثابت له في مال اليتيم دون أن يقيم لليتيم من يعذر إليه. فانظر من هذا لو قامت امرأة بكالئها على زوجها المتوفى وله بنون أصاغر وهي وصية عليهم، فتدبّره.

المشاور: وإن أكرى الوصي دار اليتيم فادعى المكتري أنه أمره بإصلاحٍ في الدار من الكراء وأنكر الوصي حلف إنه لم يأمره وتكون له قيمة البناء

منقوضاً، وإن نكل حلف المكتري وعدت له نفقته وغرم الوصي الزائد على قيمته مقلوعاً.

الشعباني: الوصي في مال البكر والسفيه والمعنسة وذات الزوج السفيهة على ثلاثة أحوال: وصي حمل مال يتيمه على أمر ظاهر من السلامة فأصابه عطب فلا ضمان عليه والثاني ما باعه من الجني وأخّره به وحمله على ما الأغلب عليه السلامة فعطب فلا ضمان عليه[1] والثالث من حمله على ما الأغلب عليه العطب والسلامة مرجوة فيه فعطب، فهذا ضامن. وكذا إذا باع مفلس أو مديان.

وعن الشعباني أيضاً قال: ولا يتّجر له به في موضع مَخُوف ولا يجوز براً مَخُوفاً ولا بحراً في هيجانه، فإن فعل ضمن.

قال: فإن قال لمن لليتيم عليه دين: قد أبرأتُك ممّا لليتيم عليك لم يبرأ.

وكذلك لا يكتب له برءاة من قليل ما كان عليه وكثيره، وإنما يكتب له براءة مما قبض.

وكذا لو قال: هذا جميع ما لفلان عليه [211 أ] لم يصدق. وإن قال: برئت مما عليك، برىء الغريم وحوسب به الوصي.

قلت: ومن هذا قال الموثقون: إن الوصي لا يبرأ على العموم في حق المحجور ولا صاحب الأحباس، وإنما يكتب له براءة مما دفع من المعينات خاصة، ومن فعل ذلك فهو جهل من القضاة. وقد رأيته لبعض قضاة الكور في مقدم على حبس مسجد وليس الأمر عليه وإنما يقال: حوسب في دخله وخرجه من وقت كذا إلى وقت كذا فشطّ له أو عليه تعين مقدار دخله وخرجه ويبرأ من الحاصل من ذلك خاصة.

ابن عات في كتاب ابن سحنون: إقرار الوصي أنه قبض جميع ما للميت على فلان ولم يذكر كم هو والورثة صغار، ثم قال: إنما قبضت منه مائة درهم، وقال الغريم: كانت عليّ ألف فقبضها، ولا بينة لهما ولا للميت بينة على الأصل

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

فالقول قول الوصي مع يمينه إنه لم يقبض إلاّ مائة ويؤخذ الغريم بتسع مائة. وأما إن قامت بينة لليتيم بأصل الدين أنه ألف درهم فالوصي له ضامن بإقراره أنه قبض جميع ما للميت على هذا، بخلاف إقرار الغريم بالألف بلا بينة إذا كان إقراره بعد إشهاد الوصي بالاستيفاء ثم أقر ولم يسمّ كم قبض ثم قال: إنما قبضت مائة درهم لزمه الألف درهم وكل شيء قامت به البينة على الغريم ألزمه الوصي كله وكذلك الوكيل المفوض إليه في قبض الدين هو كالوصي، وهو قول ابن المواز وابن عبد الحكم.

قال: وإن قال الوصي: قبضت جميع مال الميت على فلان وهو مائة درهم، فقال فلان: هو ذلك، كانت عليّ ألف درهم قبضها مني، فالقول قول الوصي إنه إنما قبض مائة ويؤخذ الغريم بتسعمائة.

ابن سحنون: وليس الوصي والوكيل كالطالب نفسه وإن شهد الطالب أنه قبض جميع ماله على فلان وهو مائة درهم وقال فلان: كانت عليّ ألف درهم وقد قبضها مني فإن المطلوب يبرأ من جميع الألف والطالب مصدق على نفسه أنه قبض جميع حظه وأنه كذا ولا يصدق الوكيل أو الوصي. وإن أقرّ الوصي أنه قبض جميع ما في منزل الميت من متاعه وميراثه ثم قال بعد ذلك: هو مائة درهم أو خمسون أو خمسة أثواب، وقال الوارث: كان في منزله يوم مات ألف درهم ومائة ثوب وأقام البينة بذلك لم يلزم الوصي إلاّ ما أقرّ به.

وكذلك إن أقرّ أنه قبض ما في ضيعته من الطعام وما في نخله من التمر وما في أرضه من الطعام ثم قال: هو كذا، فادعى الورثة أكثر، صُدِّق الوصي ويحلف إن اتهم. فإن أقاموا البينة أنه كان في هذه الضيعة أكثر مما قال وكان في هذا أكثر مما يسمى لم يلزمه ذلك حتى يقولوا إنه قبض ذلك أو يقولوا إن هذا البيت في وقت ما قبض فيه الوصي كان فيه كذا وكذا، وكذلك الضيعة. وكذلك يقول إنه قبض ما في نخل فلان وهو كذا ويقول فلان أكثر ويقيم البينة فهو مثل هذا.

ابن عبد الحكم: إذا قال الوصي قبضت جميع ما خلّف فلان الميت في

منزله من القمح ثم قال كان ألف أردبّ فأقام الورثة البينة أن الميت خلف في داره ألفيْ أردب لزم الوصي ألفان. ابن المواز: القول قول الوصي ويحلف، وهو يقول: لعل ذلك كان والأحداث تحدث وهو الذي وجدت وكذلك الدنانير.

ابن عبد الحكم: ولو قال الوصي: قبضت ما وجدتُ في منزله من القمح ثم قال بعد ذلك كان ألف أردب فأقام الورثة البينة أنه خلف في منزله ألفيْ أردب لم يلزم الوصي إلاّ الألف لأنه قال: ما وجدت إلاّ كذا فليس له عليه إلاّ اليمين.

وفيه: إن رأى السفيه المولى عليه يبيع ويشتري فليس عليه شيء يلزمه في ذلك [211 ب] لأن في الأصل لا يجوز بيعه ولا شراؤه فمن باع منه أو اشترى فقد أتلف ماله، وليس سكوت القاضي رضى بذلك لأن من عُرف من حاله ذلك وجب عليه تعرفه، وكذا الصغير يبيع ويشتري بمحضر أبيه فإن ثبت أن الوصي عليه سفيه نظر إلى المبيع فإن كان وقت البيع ثمنه قيمته جاز البيع وإلاّ صرف.

قلت: وظاهر المدونة أنه متى رآه وليه وسكت عنه أنه ماض ويحمل على أنه قصد ذلك. وبه جرى العمل عندنا بتونس. ويأتي من كلام ابن سهل ما يدل على ذلك.

ابن عات: إذا دفع سفيه غير مولّى عليه أو بكراً مالاً إلى رجل وديعة فتلف عنده لم يضمن إن كان السلطان غير عدل ولا مبرزاً في العدالة ولا مأموناً على أموال اليتامى والناس، لأنه أخذه على وجه الحفظ له والحرز عليه. وإن كان السلطان عدلاً ولم يخش عليه شيئاً ضمنه إذ ليس يجوز أخذه منه وإلاّ كان له أن يرفع أمره إلى الحاكم فإن أمره بأخذه وإلاّ جعله على يدي من يراه.

قلت: يريد مع علمه بأنه محجور. ويتخرج على القول بأن أفعال المحمول على الجور لا ضمان عليه مطلقاً، ولو كان غير عالم بسفهه فذلك على الوجه الأول. دليل إذا أودع المغصوب فتلف عند المودع بأمر من الله تعالى ولا علم له لا ضمان عليه فكذلك هذا.

ابن سهل: في السفيه يبيع على نفسه وعلى بنيه عقاراً ثم ثبت سفهه. فعن ابن عتاب: ينفذ عليه بيعه على نفسه ولا ينفذ ما باعه على بنيه ويرد. ودليله ما في العتبية من سماع أصبغ عن ابن القاسم في من باع داراً لولده أو أرضاً فقال: إن كان الأب ليس بسفيه ولا مولى عليه جاز بيعه وإن كثر، وإن كان سفيهاً مثله يولى عليه لم يجز بيعه عليه. وأفتى ابن القطان برد بيعه وبنيه. ففتوى ابن عتاب جارية على قول مالك وأصحابه غير ابن القاسم.

وفي سماع يحيى: في رجل باع منزلاً له ولأخويه دلالة عليهم وفيهم بكر تزوجت بعد ذلك وأقامت عشر سنين ثم قامت وزعمت أنها لم تعلم فتحلف وتأخذ حظها إلاّ أن تشهد للمشتري بينة على علمها بالبيع وطول سكوتها قادرة على الطلب فلا شيء لها. والعشر سنين طول لمن لا عذر لها.

ونحوه في سماع أشهب من الاستحقاق: في من باع أبوها وزوجها دارها وقامت بعد أربع عشرة سنة فتحلف ما رضيتْ ويرد البيع. وقيامها مع زوجها عامين فتحمل معه على الرشد، به جرى العمل، قاله بن أبي زمنين في المغرب. وعن ابن الماجشون: هي رشيدة بعد العام.

وفي وثائق ابن الهندي: في أخوين باع أحدهما داراً بينهما من ذي سلطان يعلم شركتهما فيها فاسترعى الأخ في سكوته عن الكلام عن البيع وأخذ بالشفعة لما توقعه من الشرّ من المشتري وأنه متى أمكنه الطلب، فإن قام في فور زوال التقية قضي له بحقه وبالشفعة ولو ترك القيام بعد ذهاب التقية عشرة أعوام أو نحوها بطل القيام. قال القاضي: وهو ضعيف لأن سكوته الأعوام بعد زوال التقية يدل على رضاه ولا قيام له، ولو لم يسكت إلاّ[1] عامين أو نحوهما بعد زوالها وقع حينئذٍ.

ومَن بِيع ماله بحضرته وبقي أياماً ولم ينكر مضى عليه البيع وإنما مقاله في الثمن فكيف بمن مضت له عشرة أعوام ونصفها؟

(1) كامل ظهر الورقة 337 من النسخة ج ورد بياضاً دون نقص في النص.

وفي حاشية كتاب مكي عنه هذا السماع إذا كانت حاضرة للبيع عالمة به ولا عذر لها من حجاب ولا بكارة فالبيع لازم إذا لم تتكلم ولو قامت بعد يوم. ولو تركت القيام لعذر ثم زال فلها القيام. وإن سكتت بعد زواله الشهر والشهرين لأنها تقول تركته لتوكل ونحو ذلك ولو سكتت سنة بعد زوال [212 أ] العذر فلا كلام لها، انظر بقية كلامه.

وفيه: عن ابن لبابة وأصحابه: لا يخرج مال اليتيم من يد وصيه إذا كان من أهل العدل والملأ. وقالوا في وصي باع على يتيم داره لقربها من دور اليهود وحيث تباع الخمر ويجتمع أهل الشر إنه نافذ. وفي نقض بنيان للأيتام لا يحتاجون إليه لأنه من فضول البنيان مثل البنيان في جنان بيعه نظر. وفي وكيل قاض باع دار يتيم، بيعه محمول على السداد إلاّ أن يثبت القائم أنه باع ببخس فيفسخ البيع حينئذٍ. قاله ابن لبابة وابن وليد وغيرهما.

قلت: هذا نحو ما تقدم أن فعل الأب والوصي في البيع للغير محمول على السداد ومقدم القاضي كالوصي. وعلى ما تقدم لأبي عمران هو محمول على غير السداد في الربع فكذلك هذا من باب أحرى لأنه قد يكون أضعف منه في بعض المسائل وإن أقامه في المدونة مقامه.

قال في نوازل أصبغ: في البكر تبيع بعض عروضها وتنفقه على نفسها أو يفعله بعض أقاربها إن كان مثل العقار الصالح رد البيع وإن حسبت الثمن في ما لا بد منه حسب ذلك للمشتري.

قلت: على أحد روايتي ابن القاسم في ذلك.

وإن كان ما لا قدر له بعد البيع، ابن العطار: قيمة العشرين دراهم فدونها أو فوقها بيسير مثل بيع الحاضر. ابن الهندي عن بعض المفتين: عشرة دنانير ونحوها من النافع. وعن ابن لبابة وغيره في اليتيم يطلب أن تباع له ضيعة بناض له ذلك. وقالوا في يتيمة لها عقد بيع غلتها ويبتاع به أصل ذلك نظر. وفي بكر ثبت عليها أنها يتيمة لا وصي لها يعذر إليها فإن لم يكن لها مدفع قدم القاضي عليها وصياً. وفي محجور ثبت رشده ثم رفع أنه يبذر ماله يمتحن فإن أظهر ما

نضّ من ماله خلي سبيله وإن بان تلفه أعيد للولاية. وفي من أوصى على ابنه فإذا بلغ عشرين سنة فهو مطلق فمات الوصي وبلغ الموصى عليه هذه المدة ثم تصرف بعدها بالبيع وغيره وهو مجهول الحال، فعن ابن دحون وابن الشقاق: لا يحوز له بيع ولا غيره إلاّ بعد الترشيد وهو مولى عليه. وعن أبي عمر الإشبيلي: هو مطلق بذلك الشرط جائز الفعل، وبه قال القاضي ابن بشير وابن القطان، ويقول الإشبيلي قال ابن عتاب: وبه العمل.

وعن الإشبيلي: في من مات وترك ابناً كبيراً وآخر صغيراً لم يقدم عليه فقدم القاضي من يقاسم عليه الكبير فهو رشيد بعد بلوغه وتمضي القسمة عليه ولو كان هذا التقديم بعد بلوغه، فإن ثبت عند القاضي أنه ممن يولى عليه فلا اعتراض عليه فيها، وإن لم يثبت عنده وقدم عليه دون كشف حاله فالقسمة منفسخة. وعن ابن دحون: إن قدّم عليه للمقاسمة بعد البلوغ فهو في ولاية القاضي حتى يطلق بالموجب لأن التقديم بالمقاسمة دليل على أنه ممن يتولى عليه، وأما تقديمه قبل بلوغه فلا تلزمه بذلك ولاية بعد البلوغ.

وعن ابن الشقاق: إذا قدّم مَن يقاسم عليه قبل البلوغ فهو في ولاية بذلك ونافذ عليه. وبعد بلوغه لا تلزمه قسمة ولا غيرها لأن والده لو أوصى به إلى أحد بعد بلوغه فذلك ساقط، إلاّ أن يكون جدد سفهه في حياته لأن أمره على الرشد عند جل أصحاب مالك حتى يثبت خلافه، وهو قول الإشبيلي.

قال ابن عتاب: وقال في المولّى عليه من قِبَل قاض يكون له بنون صغار ذكور وإناث ولم يذكروا في التقديم فإنهم داخلون فيه، وهو دليل الروايات أن ينظر عليهم ولهم. والذي جرى به عمل القضاة أن فعله غير جائز ولا نافذ حتى يوصي بذلك. وعن ابن القطان: جرى العمل أن لا ينظر لهم إلاّ بتقديم مستأنف. ودليل الرواية ما في سماع ابن القاسم من النذور: في من حلف في رقيق لابنه أن يبيعهم بثمن سماه وللحالف أب فقال له: أنا أبيعهم ليسرهم [212 ب] لك فقال مالك سفيهٌ هو؟ يريد الحالف، قالوا: لا، فقال: لا أرى أن يبيعهم. وقال ابن مالك: ينظر إليهم واحتج بهذه المسألة. والذي يقول: إن

الصغير لا يخرج من حجر الوصي ببلوغه بخلاف الأب لظاهر قوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ أي وقته وهو الاحتلام ﴿فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدًا﴾[1] الآية، فدليل على أن من لم يؤنس منه الرشد باق في الحجر ثم ذكر بعض ما تقدم لابن رشد، انظره.

وقال ابن زرب: من قال: جعلت النظر على ولدي فلان وفلان لفلان وله أولاد صغار ولم يسمّهم فإنهم يدخلون في الإيصاء إن لم يسمّهم، وقوله ولدي يدخل جميعهم كمن قال عبيدي أحرار فلان وفلان وسكت عن باقيهم فيعتقون أجمعين. وفي سماع أصبغ من كتاب الصدقة ما يشبه قول ابن زرب.

من قال أشهدكم أني تصدقت على فلان بجميع ميراثي وهو كذا وكذا في الغنم والرقيق والرمك والثياب والدور إلاّ الأرض البيضاء وله جنان، قال أصبغ: له كل شيء إلاّ ما استثناه إذا كان يعرفه.

وفي أحكام ابن زياد: وإذا عزل الوصي بسخطة فيكشف عما بيده ويقيّد إقراره وإنكاره، فإن أبى فالمروي عن مالك حمل السوط على المدعى عليه حتى يقرّ أو ينكر، وقال أصبغ: إن أبى من الجواب حملة قُضي عليه لصاحبه بما يدعيه مع يمينه، وينظر في ما باع من رباعهم وفي ما باع من ربع مرغوب فيه بغير إجزال من الثمن فسخ بيعه، وأعدي المشتري على البائع بالثمن، يريد ويرجع هو في مال الأيتام إن ثبت أنه أدخله في مصالحهم، قاله ابن لبابة.

وغيره: في رجل أوصى على ابنه إلى فلان وفلان فمن مات منهما أو غاب فالباقي منفرد فثبتت سخطة أحدهما فالقاضي يوكل مع القاضي ناظراً مأموناً ولا ينفرد لأن السخطة ليست كالموت إذا قلع نقض دار اليتيم وحمله إلى قريبه وبناه في ملكه فيؤمر بإحضار ما انتقل فإذا أحضره التزم قيمة الهدم يوم هدمه، يقال: ما قيمة الدار قائمة؟ فيقال: مائة دينار، يقال: ما قيمتها منقوضة مع نقضها الحاضر المقلوع؟ فيقال: خمسون ديناراً فالذي نقضها فعليه خمسون

---

(1) سورة النساء، الآية: 6.

ديناراً عليه أداؤها إلى المقدم مكانه ينظر لليتيم، وما زعم أنه أتلفه من نقضها فيشدد عليه فيه بالسجن فإن أحضره وإلاّ حلف على ما يدعيه من تلف أو بيع، ثم أدى قيمته وقيمة الهدم إلاّ أن يكون باعه بأكثر من القيمة فيؤخذ بالثمن. وإن أدخله في بنائه وهو قائم للعين فيه اختلاف، فقيل يؤدي قيمته ويترك، وهو قول ربيعة، وفي المدونة: يقلع من مكانه، قاله في الغصب وهذا مثله.

وفي المقرب والمختصر: على الغاصب أجر القلع والهدم وهو على الأشهر من المذهب، ويجوز الحكم على الوصي ببناء ما هدم وصرفه على ماله يوم نقض وينفق على ذلك من ماله حتى يعود كما كان.

وفي مختصر ابن أبي زيد عن رواية أشهب: من هدم جداراً لرجل كلّف أن يبنيه، وهو قول غير ابن القاسم.

قلت: هو الجاري على رَفْو الثوب في باب العداء.

وفي سماع ابن القاسم: في خليج لرجل يجري تحت جدار لرجل فهدمه يكلف ببنائه. وكذا من باع شاة واستثنى جلدها فاستحياها عليه مثل جلدها. وفي النوادر لابن كنانة: لا ينقض بنيان الحبس ولا يبني فيه حوانيت وهو وربعه لتغيير الحبس. ومن كسر خشباً من أهل الحبس أو غيرهم فعليه مثله ورد البنيان كما كان خوفاً أن تؤخذ منه القيمة فتحول الدار حبساً كما كان حبسها عليه.

قلت: إن فعل ذلك خطأً أو عمداً وهو من غير أهل الحبس فواضح غرامته [213 أ] على ما ذكر على هذا الأصل. وأما إن كان كالأجير ونحوه مما يباح له التصرف في الحبس ففي غرامته على مذهب ابن القاسم نظر، كالأجير يكسر شيئاً من الأواني المأذون في حركتها فإن غرّمْنا الأجَراء مطلقاً فيقوم منه أن قَوَمَة الجامع إذا كسروا قناديل فإنهم يغرمونها أو مثلها أو قيمتها كما قال هنا. وسمعت أنهم يصنعون بهم هكذا ولعلهم استندوا إلى هذا الظاهر.

قال: وإنما أوردنا هذه المسائل تقوية لمن قال يعيد البنيان على ما كان.

وفيه: إن ترك الوصي جنات المحجور حتى تَبَوّرتْ وأهمل عمارتها حتى يبست فعليه قيمة ما نقص منها بتضييعه إياها. كمن دُفعتْ إليه دابة وعلفها وقيل

له: اعلفها واسْقِها حتى أقضي سفري فتركها بلا علف حتى ماتت فعليه قيمتها مع الأدب.

وأفتى ابن عتاب في وصي باع قمحاً على يتيم وقام عليه محتسب وقال: بعته بغير وجه وكان مبلغه كذا، وقال الوصي: بعته لأن السوس شاع فيه ولا عرف كيله أن يحلف الوصي على ما قال من السوس وعلى ما توقف به من العدة، فإن أبى اشتد عليه بالسجن فإن طال سجنه أطلق.

وقال: مَن دفع مالاً قراضاً وأوصى بأنه للعامل فذكر العامل أنه خسر في بعض المال.

فأجاب ابن الطلاع: العامل مصدق ما لم يظهر كذبه وإن شهدت بيّنة في الحوالة في المتاجر وأخرى بضدّها، فالتي شهدت بالحوالة أعمل وعليه اليمين إن خسر ولم يتعدّ.

وأجاب ابن سهل: إن المقارض مصدق في التلف والخسارة وفي الرد إن كان قبضه بغير بيّنة مع يمينه إن كان متّهماً إلاّ في صرفه إلى ربه فإنه يحلف وإن كان غير متهم. وقد روي عن مالك أنه يحلف في دعوى الضياع وإن كان غير متهم. وعن مالك أنه يصدق أنه أنفق من مال نفسه في سفره مائة درهم ليرجع بها في مال القراض فلهه ذلك وإن لم يكن في المال ربح.

ابن الحاج: إذا قدم رجلاً على ابنٍ له محجور فلا يخرج الولد من الحجر إلاّ بثبوت رشده عند القاضي لا ما يشهد به الأب من إطلاقه وما فعله المحجور بعد ذلك من دين فغير لاحق له ولا لازم.

قلت: يحتمل أن يكون ثبت لهذا الولد السفيه بعد الرشد فيكون حكمه مع الأب كالأجنبي المقدم، ويؤخذ منه أنه لا يرجع لولاية أبيه إلاّ أن يرده القاضي وأن له أن يقدم غيره. ويحتمل أن يكون حجره عنه القاضي على يديه ليكون أقوى في الحجر فلا يحله إلاّ القاضي. وفي هذا نظر لأن الأب في هذه المسائل أقوى من القاضي.

وفيه: إذا جدد الحجر على ابنته في الوقت الذي يجوز فيه التجديد فلا يخرجها من الحجر إلاّ ثبوت الرشد والإعذار فيه إلى أبيها. وما دفعه أبوها إليها من الحلي المصوغ وأشهد أنه على وجه العارية فهو كذلك وله استرجاعه متى أحبّ.

قلت: تقدمت هذه في أبواب النكاح والحد الذي يقبل فيه قوله من العارية والخلاف فيه، والوصي كذلك، وهل غيرهما من الأولياء كذلك أم لا؟

وفيه: إذا ثبت السفه عند القاضي ووليه غائب في الحج قدم له القاضي من يعذر عن الغائب بمنزلة الحق إذا ثبت عليه وهو غائب ويحكم عليه ولا ينظر. وهو في المحجور عليه أقوى وأبْيَن. ونزلتْ في وصي ذهب للحج ووقعت الفتيا بما تقدم.

ومثله من مات وصيه وأثبت رشده، فأفتى ابن رشد بأنه يعذر له ويقدم لذلك القاضي، وبه جرت الأحكام من ابن أدهم وغيره، وهو أحوط للمال، وهو قول أصبغ فيه وفي الغائب، وفي المدونة لا يقدم وكيل.

قلت: العادة اليوم تقديم الوكيل للإعذار وإرجاء للحجة فهو جمْعٌ [213 ب] للقولين للاحتياط للنائب.

وفيه: إذا شهدت بيّنة على إشهاد الشهيدين لهما على شهادتهما وهما من أهل العدل وأعذر إلى من يجب الإعذار إليه في ما تقتضيه الولاية فلا يسقطها بعد ذلك إلاّ ثبوت الرشد عند القاضي.

وسئل مالك عن المحجور تحت ولاية وصي ظهر رشده فدفع إليه الوصي مالاً يختبره به للتجارة فلا يلحقه ما أدان لا في ما يديه ولا في غيره. وكذا في سماع أشهب: إذا أدان المولى عليه ثم مات فلا يقضى دينه من ماله ولا في ما في يد وصيه من ماله. وهذا على مذهب مالك وجميع أصحابه لا على مذهب ابن القاسم الذي اعتبر حاله بين السفه والرشد، فهي جارية على هذا الاختلاف. والأخذ في هذه بقول ابن القاسم في إلزامه الدين أحسن بعلم الوصي لطول

تصرفه إلاّ أن يكون دينه في ما لا بد له من عيشه وقوام أمره وثبت ذلك فيلزمه ويقضي دينه بغير اختلاف.

وأجاب ابن رشد ومحمد بن عتاب: الولاية ساقطة عنه والديْن لازمٌ لذمته.

قلت: وبهذا العمل في ما يصرف فيه بحضرة الوصي وقد مرت.

وذكر أبو حفص على أصل ابن القاسم: إذا دفع للمولّى عليه مائة دينار بعد البلوغ للاختبار فوجد في يديه مائتي دينار وعليه مائتا دينار فالمائة الأصل لا دخول للغرماء فيها، وعلى أصل الغير يدخل الدين على المائتين.

وسئل ابن الحاج: في من توفي وترك أولاداً وفيهم إناث منهن من دخل بيته ولها فيه خمسة أعوام وبنون، فأرادت أن تلي القسم بنفسها وتسدد بذلك.

فأجاب: إذا كانت البنت مالكة أمر نفسها[1] لم تلزمها ولاية وصي من قِبَل أبٍ أو غيره ولا هي بحال سفه فيما وليتْه من مالها لما ظهر من حسن حالها ورشدها فلها أن تلي قسمة حصتها وكذا سائر البنات.

قلت: يحتمل أن يكون هذا على قول مالك إن الوصي كالأب وأن الخمسة الأعوام كالسبعة، ويحتمل أن يكون ثبت رشدها فيكون متفقاً عليها.

وفيها أيضاً: إذا توفي رجل له بنون منهم بنت دخل بها زوجها ولم تخرج من حد ولايته فللقاضي أن يولي عليها كما كان لأبيها أن يولي عليها لو كان حياً بمنزلة صغار بنيه. ونزلت وحكم فيها بهذا.

قلت: ظاهر هذه المسألة أن الأب لو مات في أثناء الأعوام التي هي فيها محجورة أنها تلفق عليها بمنزلة ما لو كان حياً ولا تكون كالمهملة تبقى عاماً. ولها نظائر تقتضي هذا. وتقدم لابن رشد في نوع هذه المسائل منها فانظرها في كلامه. وكنتُ أحسب أنها في المقدمات فذهبتْ عني ولم أجدها.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

وسئل المازري عن رسم من نسخته: أنهم يعرفون فلاناً في حياة أبيه يبيع ويشتري صالح الأحوال رشيداً في أفعاله لا يولّى عليه في بيع ولا شراء يعرف ما تولاه إلى الآن. ثم إن أباه وصّى عليه أمه وحكم القاضي بأنه في ولايتها ونظرها. وقد كان رجل بعث معه طعاماً ليبيعه له فباعه واشترى بثمنه فضة وذهباً مكسوراً وبقي عليه من الثمن شيء. وأثبت الشهود رشده وأنه ممن لا يولّى عليه وطلبت البقية منه هل يلزمه ذلك أم لا؟.

فأجاب: قول المبعوث معه مقبول في قدر المدفوع وما يحصل منه وما ذهب إن ادعاه ما لم تقم بينة عدلة، بخلاف قوله أو تبين كذبه كاختلافهما في قدر المبعوث فالقول قوله، وادعاؤه الضياع مع إثباته أنه غير متهم فتسقط يمينه، ومع تقدم حجره لا يثبت شيء إلاّ مع بينة عدلة مع الحكم برشده وإشهار ذلك وطول المدة. فإذا ثبت هذا كان ملزوماً بما يطلب به ممن لم يتقدم عليه حجر في ما يقر به أو يثبت عليه، وهو الذي أذهب إليه وهو اختيار بعض أهل المذهب.

وسئل ابن عبد الرحمن عمن يتصرف لبناته الكبار اللواتي إلى نظره [214 أ] بالبيع والشراء هل يتعقب عليه فعله أم لا؟.

فأجاب: للقاضي العدل المأمون اختبار فعل الأب لبناته فيمضي الصواب ويرد ما كان على غيرحسن نظر.

قلت: للتونسي أنه لا يتعرض له أصلاً، وتقدم له نحو ذلك، والفتوى الأولى جارية على قول ابن القاسم إذا تكرر الخطاب عليها، وفتوى التونسي جارية على ما في الواضحة أنه لا يتشور عليه في بناته بوجه من الوجوه. وعلى طريقة اللخمي: إما أن يكون مشهوراً بالفضل والدين فلا يعرض له وإلاّ عَرضَ له في أفعاله ومنعه التزويج.

وسئل أبو عمران الفاسي عمن أوصى بابنه الصغير إلى آخر كبير وتوجّه الصغير مع أبيه لفريضة الحج فمات الأب فأنفق الصغير ما تركه الأب حتى قدم على الكبير فطالبه بالمال فقال: إنما أنفقتُه وأنا صغير ولا شيء عليّ من جنايتي هذه، هل يلزمه شيء أم لا؟.

فأجاب: هو مطلوب بجميع ما أتلف من حين موت أبيه إذ هو تسلط عليه بنفسه لا غيره.

قلت: يريد في ما ثبت مما تركه أبوه لا بقوله، إذ إقرار الصبي لغو.

وسئل البرجيني عمن حجر عليه القاضي لسوء نظره وقدّم عليه وصييْن ينظران في جميع أموره فعمد المحجور وباع جلّ رباعه واستفاد ديوناً وعزم على الخروج إلى المشرق فرفع إلى قاض غير الأول فقضى بعقله عن السفر وأمره بردّ الديون إلى أربابها ففر إلى تلك الناحية وأقام أعواماً ثم قدم بعد وفاة هذا القاضي وأحد الوصييْن فشهد الباقي مع الآخر أن القاضي المتوفى كان منعه السير وحجر عليه فطالب أحد الغرماء فاستظهر عليه بعقد المنع بالشاهدين المذكورين مع الحجر المتقدم، وقوّاه برسم شهادة الشهود أنه لم يزل مستمر السفه، فأتى الغريم بشاهد يشهد أن الوصيين أخرجاه من الحجر وأطلقا يده.

فأجاب: إذا ثبت عليه ما ذكره فلا خلاف في رد أفعاله ما دام على ذلك، ولا خلاف في اعتبار صفة التصوين للمال في الإخراج من الحجر في اعتبار غيرهما. خلاف عند العلماء وهل يكفي في اعتبار ما يعتبر من الصفات شاهدان كسائر الحقوق أو لا بد من زيادة للرشد وعدم خفائه عن المعاشرين له، فاختصاص هذين به رتبة. وقد اختلف هل يكفي إطلاق الوصي عند ثبوت هذين عنده أو لا بد من إثباته عند الحاكم أيضاً؟ وهذه مع من جهل حاله.

وأما إذا علم بالسفه فلا خلاف أن إطلاق الوصي له باطل وهو معزول عنه شرعاً وكل ما يترتب عليه من فساد يلزم الوصي لأنه عرّضه بفعله للتلف والله أمره بتصوينه وهو باق على السفه، والنظر فيه لحكام المسلمين. وقد ظهر اختلال فعل هذا الوصي من الإطلاق فكيف بالشهادة له. وفي مثل هذا يقول الفقهاء: لو صح لما صح، أي لو صح هذا الإشهاد لما صح إطلاق، كما أن هذا الدليل، لو صح لم يكن دليلاً. وإنما ذكرت المسائل المتقدمة تصحيحاً لجواب هذه المسألة لأنه إذا علم الخلاف أولاً في صفات الرشد، وثانياً هل يكفي شاهدان أو لا بد من زيادة؟ وهل يفتقر للثبوت عند الحاكم؟ فلا يشك

عاقل أن شهادة شاهدين على الإطلاق مع استمرار حالة السفه لا توجب شبهة ولا تثبت حكماً وهو باق على أحكام السفه.

قلت: ظاهر هذا الكلام لو ثبت الإطلاق بشاهدين لم يقبل ذلك، وانظر [214 ب] هل تجري على مسألة اختلاف بينة الرشد والسفه أولاً لأن إطلاق الوصي بغير إسناد إلى شهود على الرشد فيه خلاف كما أشار إليه الشيخ في جوابه، والله أعلم.

وسئل أبو القاسم بن محمد الريغي المراكشي(1) عمن بقيت مع زوجها عشرين سنة وصار لها أولاد وأحفاد ثم توفي والدها وباعت نصيباً مصيراً لها من دار، فارقت زوجها بعد هذا بأربعة أعوام وأخذت مهرها ولم يعلم أن أباها تقدم له فيها حجر، ثم قامت الآن تطلب ردّ بيع النصيب والرجوع على الزوج ثانية، واستظهرت بعقد شهد فيه عوام أنهم يعرفونها وأنها لم تزل مستصحبة السفه إلى هذا التاريخ ولا علم من تصرفاتها ما يوجب رشدها. وزكى اثنان منهم بما نصه يعرفون فلاناً وفلاناً أنهما مما يجب أن يزكّيا ولم يقولوا صفة الرضى والعدالة. والمرأة المذكورة لا تبرز للرجال ولا تخرج لزيارة أهلها نهاراً، والعوام المذكورون لا يعرفون مواقع الشهادة ولا صفة التحمل.

فأجاب: إذا لم يعلم لأبيها حجر عليها فبيعها وشراؤها جائز لازم عند مالك وأصحابه إلاّ من شذ منهم. وأما شهادة العوام وتزكية من زكّى منهم فلا اعتبار لها وليست بتزكية شرعية. وكونها غير متبَرِّزَة للرجال وعدم ذكرهم أول مدة السفه فيُشعر بعدم تمييزهم الألفاظ ومقتضاها.

وسئل اللخمي عن ترشيد الأب لولده.

فأجاب: ذلك جائز ولا يعرض له إذا لم يتهم أن يكون أدخل يده في مالهم عنده، وإن اتهم كان كشف الحال أحسن. وغير الأب ممن أقامه هو أو القاضي فلا يقبل قوله إلاّ بعد الكشف، لفساد الناس اليوم وعدم أمنهم أن

(1) ورد هذا العلم مضطرباً في الأصول.

يتواطؤوا مع المحاجير ليرشدوهم ليسامحوهم بما قبل ذلك.

وسئل ابن أبي زيد عمن أوصيَ على أطفال بلغوا فأرادوا تحليفه في بعض ما تولاه.

فأجاب: لا يمين عليه إلاّ أن يُتهم ويكون عند الناس معروفاً بذلك أو يدعى عليه غلط في الحساب أو ينكر شيئاً حقق عليه.

وسئل المازري عمن تصدقت على ابنتها بدار وهي أكثر من ثلثها فرد زوجها ذلك بعد ارتجاعها من طلاقه إياها ثم طلقها ثانية هل تمضي صدقتها؟

فأجاب: إذا توجه رد الزوج فلا يلزم الأم إيجاب وتؤمر بالإمضاء.

قلت: نحوه في المدونة أنها تؤمر من غير قضاء.

وسئل عمن أعمر زوج ابنته التي في حجره في مالها دوام الزوجية ثم طلقها وهي عادة قفصة.

فأجاب: لا يجوز للأب إعمار مال ابنته والزوج مطالب بالغلة إن كان ملياً وإلاّ أخذ به الأب.

قلت: انظر قضية سليمان بن الأسود هل تخالف هذه. عن ابن لبابة: كنت جالساً عند سليمان بن الأسود فجاءه رجل يخاصم ختَنَه وكانت الابنة في ولاية الأب وكان الزوج ساكناً معها في دارها، فطلب الأب من الزوج أن يرحل الابنة من دارها وأن تكريها فتنتفع بكرائها. فقال سليمان للزوج: أَلَكَ دار؟ فقال: لا وصدقه أبو الجارية، فقال القاضي لأبي الجارية: ولا كرامة لك إن تُخرج ابنتك من دارك إلى دار حرجٍ مع زوجها فتمشي بفراشها من دار إلى دار [215 أ] على عنقها فتهتك سترها، ليس هذا من حسن النظر. فكان ابن لبابة يعجبه ذلك من قضاء سليمان، وانظر في أول[1] . . . لابن مغيث، انتهى.

فظاهر هذا أنه قضى عليه بهذا من قوله يعجبه ذلك من قضاء سليمان.

---

(1) كلمة يغير مقروءة بالأصول.

ويحتمل أن يكون منه على وجه الرغبة والحث على هذا وحسن النظر، فظاهره أنه لم يلزمه كراء أيضاً، وذكر ابن عات أيضاً في قوله وألاّ يرحلها من دارها إلاّ أن تطلبه بكراء.

فسأل ابن دحون ابن زرب عن هذه المسألة فقال: ذلك جائز، فقال: وإن طلب بكرائها في ما مضى؟ فقال: ليس يلزمه إن كانت الزوجة مالكة أمرها عالمة بالشرط. فإن كان مولّى عليها أخذ بكرائها في ما مضى ولم ينفعه ما شرط، فقال له ابن دحون: فإن كانت ذات أب وهي في ولايته وأباح له سكنى الدار لأي شيء لا يضمن الأب الكراء ويحمل محل الهبة؟ فقال: ليس بهبة، والكراء على الزوج ولا شيء على الأب، ووقف على هذا، يريد وليس للأب أن يهب مال ولده أو ابنته. انظر في كتاب ابن سهل في باب شرط لزوجته أن لا يتسرى عليها.

وعن الباجي وابن مغيث خلاف ما قال ابن زرب في المالكة أمرها وأنها تأخذه بالكراء ولا تسقط عنه الشرط، فظاهر هذا مثل قول المازري، ومثل ما لابن أسود في النكاح الثاني من التنبيهات. قال فيه شرط رضاها بأقل من صداق المثل مخافة الفراق والرغبة فيه، يحتج به في مسألة إذا ذهبت المحجورة بسكنى زوجها معها في دارها وإنفاقها على نفسها رغبة في الزوج ومخافة طلاقه وغبطتها به، وأنه إن فارقها تسكن دارها وتنفق على نفسها وتقدم ما ترغبه في زوجها، فإن ذلك لها إذا طلبته على ما أفتى به شيوخ الأندلسيين وأفتى به أبو القاسم بن عتاب وقاله شيخنا هشام بن أحمد الفقيه والقاضي محمد بن حمدان وغيرهما وهو الذي يوجبه النظر. ولم يرد ذلك في إسقاط النفقة. أبو المطرف الشعبي وقال: يلزم على هذا متى طلب من مالها أن يسوغ له إذا ساعدته وخشيتْ فراقه إن لم تفعل. عياض: ولا يلزم هذا، والفرق أنها تقول في الوجه الأول: أنا إن فارقني بعتُ كل مالي وأسكن داري ولا أتزوج سواه فسكنى داري وأكل مالي مع زوجي وأرغب فيه أولى، وغير ذلك من مالها باق لها طلقت أو بقيت، انتهى قوله.

ويحتمل أن تكون فتوى المازري في غير دار سكناها مثل أن يعمره في مستغل رباعها كما قال أبو المطرف الشعبي، والله أعلم.

وسئل عمن أوصى بثلثه ثم اعترف بدنانير لمعين.

فأجاب: إذا اعترف في صحته مضى وحلف المقرّ له يمين القضاء، وإن كان في المرض ولا وارث له ولا سبب يقتضي التهمة فهو كالأول، وإن كانت تهمة صدقة ونحوها بطل الإقرار على قول مالك وابن القاسم ويمضي من الثالث على قول غيرهما.

وسئل أبو محمد عمن أسنَدَ وصية بنيه إلى رجل وتوفي فكبر ولدٌ منهم ولم يختبر بشيء من الأموال غير أن فيه صلاحاً وحسن حال.

فقال: إذا كانت أحواله تدل على صلاح شأنه فهو رشيد.

[215 ب] **وقال** في البالغة يدخل بها زوجها ويقيم بينة أن فعلها جائز وعلى مَن ردّه البينة بسفهها، وبه يقول الرواة، وهو صواب عنده.

وسئل أبو عمران عمّا باعه السفيه، هل لورثته ردّه بعد موته؟

إذا كان حين باع سفيهاً فهو غير لازم ولورثته النقض.

قلت: تقدم هذا من كلام ابن رشد.

ابن حدير: في بكر غير مولى عليها باعت حصة من أرض وشجر مع إخوتها سداداً من الثمن، وكانت في حالة حاجة وفاقة. فلما تزوجت طلبت الرجوع في ما باعت وأنكرت البيع وثبت عليها.

فعن عبدالله بن أبي زيد: إن ثبت أن بيعها مع إخوتها كان لحاجة وفاقة وما لا غنى لها فيه والبيع سداد لا عيب فيه، فالبيع تام ويعذر إليها في شهادة من شهد عليها بالبيع إذا أنكرته، فإن أتت بمدفع نظرتَ فيه.

وعن عبد الرحمن بن مخلد: البكر كالصغير إلاّ أن تعنس فاختلف فيه العلماء فقيل أربعون عاماً وهو المعمول به، ومنهم من يقول بالثلاثين ونحوها. وما أثبتَه المبتاع أنها باعت لفاقة وحاجة والثمن سداد لم يذكر أنه دخل في

مصالح البائعة ولا تتم الشهادة إلاّ بهذا. وفي الوثيقة أنها متزوجة الآن ولم يذكر الأمد الذي بين بيعها ودخول زوجها ولا للامتناع حجة يدلي بها. والنظر لا يتم إلاّ بظهور ما ذكرته.

وعن ابن حارث: ذكرتَ أنها متزوجة في غير ولاية وأنكرت البيع فلما ثبت البيع أتت بما يوجب حله، وهذا لا يقبل منها ولا من غيرها أنها أعدل على نفسها من شهودها لها. وقد أثبت القائم أن بيعها كان لحاجة وسداد من الثمن فإذا كان لو رفع إلى الحاكم لفعله فالبيع جائز لا سيما أنها أقرّتْ عندك الآن أن الثمن بقي في يديها حتى جعلته في ثبات دخلت على زوجها بها. وهذه وجوه ظاهرة وأقواها إنكارها البيع ثم قيامها بما يحل البيع.

وعن أصبغ بن سعيد مثله.

وفي قوله: إن البكر غير نافذ فعلها فإذا فعلت وتزوجت ودخل بها زوجها لزمها ما فعلتْ ما لم تكن في ولاية، ولا تبالي أدخلته في مصالحها أو لم تدخل. وكذا لو نظر لها مسلم أو أمها مما لو رفع للسلطان لأمضاه.

وعن ابن زرب: إذا ثبتت بكورة البالغ في حين بيعها إلى أربعة أشهر من قيامها عندك فبيعها غير نافد إلاّ أن تثبت عندك مع ثبوت الفاقة والسداد أنها أدخلت ذلك في مصالحها وأنفقت به في حين بيعها فبهذا تتم الشهادة في بيع البكر وكذلك الرواية فيه. وقول ابن حارث: إذا باعت في وقت كان ينبغي للسلطان البيع عليها فهو جائز، هو قول ابن مزين في كتابه ثم ذكر ما تقدم لأصبغ في الواضحة من كلام ابن سهل.

وفيه: من تصدق على ابنته بدار وببعض دار أخرى على الآخر وبقي يسكن في ذلك [216 أ] حتى عاوض بدار أخرى وبقي يسكن في العوض إلى أن مات.

فأجاب جميعهم: إن المعاوضة حيازة للصغيرين تامة ولا يضر اعتماد المتصدق للعوض ولا للصدقة إذ قد أخرج الصغيرين إلى المعاوضة فيها.

وسئل شيخنا أبو القاسم الغبريني ـ رحمه الله ـ: عن محجور مات وصيّه

وله ربع يساوي مائتي دينار ذهباً فطلب رجل من المحجور بيع ربعه فاعتذر بالحجر، فقال له: أسعى في ترشيدك، فإذا أطلقتَ بعْتَ مني الربع، فتواطآ على ذلك وسعى ذلك الرجل في ترشيده حتى رشده بموجبه فبعد يوم أو يومين باع للساعي الربع المذكور بثمانين فتصرف المحجور في ذلك تصرفاً فاسداً دالاً على عدم رشده، وشهد آخرون أنه لم يكن وقت البيع رشيداً بوجه، ثم أراد المحجور الآن القيام على المشتري، فهل له مقال لبيعه إياه إثر الترشيد أو لأن من شهد برشده لم يكونوا من أهل الخبرة والمعرفة بأحواله، أو بالغبن الكثير الحاصل، أو للشهادة بعدم رشده، أو لتصرّفه الفاسد في الثمن؟

فأجاب: لا قيام له يكون بإثر إطلاقه من الحجر باع ولا بالغبن الحاصل في بيعه ولا بشهادة من شهد بعدم رشده إن كانوا حضوراً حين الشهادة بالرشد عالمين بذلك وتأخر قيامهم بشهادتهم إلى أن رشده القاضي ويحكم برشده ولا مانع يمنعهم من القيام شرعاً ولو كانوا غير حاضرين في البلد أو فيه ولا علم عندهم بشيء من ذلك فشهادتهم أمضى وأعمل.

وسئل السيوري - في ما أظن - في امرأة لها مع زوجها عشر سنين ولم يظهر منها سفه وأبوها حي لم يجدد عليها حجر فأبرت زوجها ما استهلك من شوار ومن غلة ربع أكله سنين هل يصح فعلها؟

فأجاب: حال من ذكرت في هذه المدة في غالب الحال لا يخفى فينظر ما استقر عند من يعرفها من العدول من حالها في وقت فعلها وتحمل عليه.

قلت: فإن لم يظهر شيء فظاهر الروايات إمضاء فعلها وهي رشيدة فمضيّ هذا الزمان على كل قول قدر فيه بالزمان.

وسئل أبو محمد عمن أسند وصيته لرجل وفيها بنات فماتت إحداهن بعد دخولها بزوجها بشهر وأوصت بوصية للمساكين، هل تنفيذها إلى وصيها أو إلى ورثتها.

فأجاب: إن لم توص بذلك إلى أحد فلوصي أبيها أن ينفذ ذلك عنها إن كان مأموناً.

قلت: لا يبعد أن تجري على مسألة الوصي هل ينفذ إلى أولاد الموصى عليه وصيته أم لا؟ لأن هذا نظر لها بعد وفاتها في شيء فتسبب عنها، والله أعلم.

وسئل المازري عن وصي زوَّج يتيمته ولها مال بيده فطلب الزوج زوجته فأحضر لها الوصي دون شورة مثلها ورضي بذلك الزوج وربما قال: أنا أشورها من مالي فيكون ذلك لي ولا أطالب أحداً بنقضها، أو قال: لا أرجع على أحد، وأبَتْ البنت أو بعض أوليائها لشيء من ذلك. وقالت: عليّ، مقرة بدخولي بما ذكر ومالي حاضر، فهل يقبل قول الزوج أو الوصي أو قول البنت أو بعض أوليائها؟.

فأجاب: بعد أن قدم أصلين؛ أحدهما العمل بالعرف لقوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾[1] ويطول بسطه واختلافه في الأقطار وفي الأمصار. والثاني قوله عليه الصلاة والسلام. [216 ب] «لا ضرر ولا إضرار». واختلف، هل هو بمعنى واحد أو معنيين، واتفقوا على رفع الضرر حيثما وجُد أخذاً بالعموم سواء كان في مال أو بدن أو مرحة. فإذا تقرر هذا فنقول: ما فعله الوصي من نقص المال شورة محجورته وتنفيذها لا يسوغ لوجوه: أحدها ما يلحقها من المعرة مع قدرته على دفعها من مالها، والثاني استحقار الزوج لها واستخفافه بحقها، والثالث ما يتهم به من إبقاء المال في يده، ولا يلتفت إلى رضى الزوج بتقصير الوصي كما لو رضي بأخذها بغير شورة ولا يمكن من ذلك، ولو رضيت به الزوجة وأولياؤها مع وجود مالها لما يلحق ولده من المعرة ولا يلزم الزوجة قبول مِنّة الزوج عليها بما يكمله من شورتها على الوجهين جميعاً ولا يعمَله الزوج من ماله أيضاً ويكون ديناً عليه لوجود مالها. وليست هذه المواضع محل نظر الوصي ولا موضع اجتهاده. ولو اشترى لها أكثر من شورة مثلها وسلمه لها لبرىء من ذلك.

وذكرتَ أنها نزلت ببعض القضاة ولم يتعرض للوصي بوجه وهو من خطإ

---

(1) سورة الأعراف، الآية: 199.

الحكام إذ وجب عليه نفي الضرر عن الزوجة غير أنه غلب الجهل على أكثر زماننا حتى صار يقدم للحكم من يجهل هذا ويرى أنه في سعة من التعرض لمثله. ولولا العذر في هذا الوقت لعرّفتك بأقوال العلماء في المسألة بما يتضح ما ذكرناه.

قلت: انظر هذا الجواب مع ما حكاه ابن عات، هل تباع الضيعة لليتيمة وتشور بها أم لا؟ وأحفظ أنه ذكر في ذلك خلافاً سبق. فعلى عدم بيعها لا يلزم الوصي هنا كما قال في شورتها ويبقى لها رسمها تتموله هي وولدها إلاّ أن يريد هنا بالمال غير الربع أو أنه لا معرة عليها في نقص الشورى فيكون لهذا وجه.

وسئل السيوري عن وصي على يتيم له والدة هو في حجرها فادعى الوصي أنه كان يدفع النفقة للأم. وقالت الأم: إنما أنفق عليه عمه من عنده.

فأجاب: القول قول الأم مع يمينها.

قلت: لأن الوصي يدفع النفقة للحاضنة فالقول قولها إنها لم تقبض شيئاً منه، واعترفت أن النفقة لأخي أبيه. ويتخرج على القول الآخر أن الوصي مقبول القول مطلقاً للعادة أن يكون هنا القول قوله. وحكاه ابن سهل وغيره.

وسئل عمن لها أخ بالغ عاقل لكنه لم يشهد برشده ولا خالط الناس أراد أن يعقد النكاح على أخته وأراد عمه شقيقه عقد النكاح على ابنة أخيه، فهل يعقد هو أو الأخ لما ذكر؟

فأجاب: الأخ أولى.

وكذا وقع في السؤال اختلافهما في أعيان الخاطبين وما أشار إليه الأخ أحسن. فقال: عقد الأخ له أحسن أيضاً.

قلت: اختلف في الرشد هل هو شرط كمال أو وجوب، والمشهور أنه كمال فهذا يجري عليه.

وسئل عن وصي على يتيم بيده حانوت أكراه لرجل بخمسين درهماً فبقي

سنة وثانية ثم جاء من وصله سبعين درهماً فقال له الوصي: شاور الساكن فشاوره، فقال: اكْرِهِ له فرجع عليه فقال بدا لي مرجع وأكري لصاحب الخمسين ثم رجع صاحب السبعين وقال: إنا نلتزمه بثمانين، فهل يلزم الثاني أو الأول؟.

فأجاب: الزيادة التي زاد يلزم بها الكراء ويلزمها ثمانون.

فأجاب التونسي عن مسألة [217 أ] أستغني بجوابها عن سؤالها لطوله وهي: إذا كان إسماعيل صالح الأحوال في بيعه وشرائه لا يجب أن يولّى على مثله فالمسألة التي أعطى لزوجته ما ذكرت يلزمه ولا نقض له، لأن من هذه صفته لو لم يرشد بشهادة فأفعاله ماضية، لأنه إن كان سفيهاً وقت عقده رشيداً وقت صلحه فهو واهب لها إن كان نكاحه على غير نظر أو لعله رأى هذا خيراً من الخصومة خوفاً أن يثبت رشده وقت نكاحه. وأما إن ثبت سفهه وقت عقده وصلحه لم يجز ما فعل إلاّ أن يرى القائم له أن ما فعله نظر خوف أن يكون عقده وقع بوجه يمضي. لو دعي إلى صلحه فيكون في صلحه وجوه نظر على أقل من نصف الصداق الذي يمكن ثبوته لو خوصم.

وفي جواب آخر: الصلح لازم ولا يلتفت إلى قوله إنه أكره، لأنّ إكراه القاضي ليس بإكراه، وإنما الإكراه المعتبر هو ما يكون في ظلم. ولو تحققت أن القاضي أكرهه على صلح هذه المرأة فلا يلزمه، غير أن نقض الصلح أشد عليه لأنه يلزم فيه نصف جميع الصداق لأنه من وصف حاله ليس سفيهاً ونكاحه لازم له وطلاقه يوجب عليه نصف الصداق.

وسئل السيوري عمن تصدق بجنتيْن على ولديه ثم أنكر الصدقة وهما في حجره والأب يستغل الصدقة، وشهد عليه بإقراره أن الجنان الفلاني لولدي فلان والجنان الفلاني لابنتي فلانة والأب أعمى، فهل يخرج الجنات من يد الأب ويرجع عليه بالغلات في ما مضى؟.

فأجاب: ينظر في تواريخ البينات الأول فالأول ولا يُنظر إلى إنكاره. فأما قوله يستغل لنفسه فمن أين يعرف ذلك فهو يستغل ولا يعرف لمن، إلاّ أن يكون شرطاً في أصل الصدقة فيُبيّن ذلك في سؤال. وما ثبت للأولاد يخرج من يد

الأب لإنكاره ولا بد من الاستقصاء على التواريخ، وما ثبت للأولاد أخذ غلّته من الأب.

وفي جواب آخر: إذا ثبت من شهد على الأب ولم يكونوا[1] متّهمين في حق الأولاد نزعت يده عنهم ويجعل من يحفظ ذلك لهم ويحاسب على مالهم من غلة.

وعن بعض الفقهاء: إذا أشهد الزوج بضمان الشورة ضمنها بدعوى هلاكها من غير بينة إلاّ في زمان تخلق فيه الثياب فيحلف ويبرأ. وقيل: ضمانها شرط النفع بها يبطل الضمان لأنّه ضمان بجعل وبغير شرط يلزمه. ابن رشد: إذا قامت بينة بتلفها في ضمانه إياها إن كان ضمانه مخالفة التلف حيث تتلف ضمنها وإن كان سبب ضمانه تهمة على الغيبة عليها، ولو لم يؤتمن فيه فلا ضمان عليه مع قيام البينة.

وإن جهز الأب أكثر من النقد ثم قام بعد البناء وادعى أنه عارية، فقال: قبل انقضاء العام يأخذه دون يمين لأنه عُرف من فعل الأباء، وبعد العام لا يلتفت إلى قوله إلاّ أن يُشهد عند التجهيز أن الزائد عارية فيأخذه إذا وجده، ولا ضمان إذا تلف إلاّ أن يتلف بعد رشدهما وعلمهما بعاريته فتضمنه. فإن قوّمه وكتبه عليها ثم قام ورثته بعد وفاته عليها فلهم ذلك بعد تضمين الشهود للسداد والصلاح. وفي أحكام ابن سهل: الخلاف في قيامه بعد أربعة أعوام ودعواه العارية، ابن عات وابن القطان. وعن ابن عبد الغفور عن ابن عيشون يرى ذلك للأب إلى سبعة [217 ب] أعوام. وهذا إذا بقي للابنة وفاء بالنقد، وإن لم يبق أخذ عاريته أو تركها. وإن أشهد الأب عند البناء بالعارية فالقول قوله إن طال الزمان.

ولابن القاسم في العارية بعد البناء: إذا كان أصل العارية ببينة، والمشهور ما ذكره أولاً. فإن قبل الأب النقد ودخلت البنت ثم ادّعت بعد زمان أنه لم يجهزها بنقدها فإن مات الأب فلا شيء لها وإن كان حياً حلف وبرىء إن كان

(1) جملتان سقطتا من أ.

لها حيئنذٍ زوج وإن لم يكن فلا يمين عليه، وفيه خلاف. ويُسقط اليمين حضور البينة وإبراز الجهاز وإرساله بمحضرهم. قاله ابن حبيب.

ولو ادعى الأب جهازها بميراثها عن أمها أو غيره لم يقبل قوله لقوله تعالى: ﴿فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ﴾[1].

ابن حبيب: ومن حق الزوج سؤال الولي في أي شيء جعل معجل مهرها ويأتي بتقييد ذلك كله.

ابن أبي زمنين: وليس على البينة أن تصحب الجهاز بعد القيمة بل عليه توجيههم بمحضرهم خاصة. فإن ادعى الزوج اختباء شيء عن بيت البناء لم يقبل منه، وإن طلب الزوج من وكيل الأب على قبض الصداق صفة نفقته بعد البناء بعام ونحوه فله ذلك، وعلى الوكيل البينة بإيراد ذلك لبيت البناء. وما أثبته الأب أو الوكيل من نفقة شورة وما يصلح للنساء من طيب وغيره فهو برءاة.

ابن فتحون: لو انعقد القبض في الصداق على الأب أو الوصي بغير معانية القبض ثم ادعى بعد ذلك أنه لم يقبض منه شيئاً وقال: ظننتُ به الخير فلذلك شهدت له بالقبض وادعى الزوج الدفع واحتج بما ذكر في الوثيقة. فعن ابن لبابة: تجب اليمين على الزوج لو قضاه كما يذكر في العبد. ابن فتحون: ويحتمل عندي عدم اليمين إذ لا به لذكر القبض من فائدة. ولابن سهل: أجوبة الشيوخ إيجاب اليمين مع العقد.

وإذا ادعى الوصي أو الأب تلف النقد فلابن المواز عن مالك: لا شيء للزوج على الأب والوصي. ولابن وهب: لا شيء للزوج على الأب في الوجهين بمعاينة كان القبض أو لم يكن. وإن أقر بقبضه وهو مريض أو انعقد عليه القبض في الصداق وإن لم يعاين بينة القبض للحقته التهمة ولا يصدق كما لو تحمل صداقها، قاله ابن القاسم. وعن ابن الماجشون وغيره: إقراره نافذ وهو للزوج لا للابنة.

---

(1) سورة النساء، الآية: 6.

ابن رشد: وهو على ثلاثة أحوال: تارة تكون وصية للبنت لا يجوز وذلك إذا كان بعد العقد وهو فقير. وتارة يكون وصية للزوج فيمضي وذلك إذا كان إقراره بعد العقد وهو موسر. وتارة يختلف هل هي وصية له أولها وَذلك إذا كان إقراره مع العقد في حالة واحدة.

في سماع أصبغ من الشرح: وإن أقرت البنت بقبض النقد وادّعت تلفه فإنها تحلف لقد ضاع وتصدق ولا يكون عليها عوضه للجهاز وتدخل بغير شيء. وعن عبد الملك: تخلفه من مالها وتتجهز به. وإذا وكّلت الثيب على قبض صداقها فقبضه الوكيل وادّعى تلفه لم يصدق الزوج على الدفع حتى يثبت [218 أ] الدفع، فإن لم يثبت غرم ولا شيء على الوكيل. ابن رشد: ولا اختلاف في هذا إلاّ أن يدخله الخلاف بالمعنى من مسألة اللؤلؤ، وإنما اختلف إذا غرم الدافع هل له أن يرجع على القابض وهو قول مطرف أو لا يرجع حتى يتبين التفريط. لابن الماجشون.

ابن عات عن ابن لبابة: لا يدفع الولي إلى المرأة مالها ثيباً كانت أو بكراً حتى تدخل على زوجها ويؤنس منها رشدها، فإن لم يؤنس منها رشدٌ لم يدفع إليها منه شيء، وليس لزوجها أن يقول: ادفعوا إليّ مال زوجتي وإن كان صالحاً مرضياً ويوقف عند وليها حتى يؤنس رشدها ولا كلام لزوجها في ذلك، لأنها لو ماتت لم يكن له منها إلاّ ميراثه فأخشى أن يأكل مالها ولا يطاع في شيء منه، ويُقَر مالها عند وليها إلاّ أن يخاف على وليها فيه أو يكون مغموزاً عليه فيوضع على يدي عدل لإثبات الصداق فلا يخرج من غير ثبت البناء بها لما فيها من الحق لزوجها، ويكون منه عند الزوج نسخة بيد أب كان أو غيره، لأن فيه له حقاً لوجهه في جهازها بخلاف قريب اليتيم، وأتى بما تقدم لابن رشد.

وفيه: إذا قام السفيه على الوصي في تعرف ما عنده من المال فإن كان الوصي عدلاً فاضلاً وكان أصل المال معروفاً لم يكن له ذلك في الفرع والأصل وكذلك الزوج له ذلك في الفرع والأصل. ولو أرادت السفيهة أو الوصي أخذ الكالىء من الزوج للحفظ فإن كان ظاهر الملأ غير مخوف عليه، ترك عليه لأنهما يقبضانه من ذمة إلى أمانة وقد تضيع عند الوصي فيكون من السفيه.

ومن طلق امرأته وله منها ولد فطلبته بحقها ومنعها منه خشية موتها فبرأها الولد أخذت مالها ولا مقال له إن كانت رشيدة أو وصيها أو القاضي إن لم تكن رشيدة. وتقدم من مسائل هذا الباب في النكاح.

وسئل ابن البربري ضعمن تزوج صبية من أبيها وله أب فبعد خمسة أيام توفي الزوج وادعى أبو الصبية أن له مالاً وطلب الصداق وعدّد أشياء من لباس وجهاز ونحو ذلك وأنكر أبو الميت ذلك من قوله فدعي إلى يمينه ويمين أمه.

فأجاب: تعلق اليمين على أبي الزوج بدعوى أبي الصبية ضعيفة لأن الحق لها دون أبيها والأولى في هذا مراعاة الشبه ووجوب التهمة أو عدمها. فإن اتهم أبو الزوجة بشيء يليق تتعلق التهمة به وتوجهت اليمين إذا عرف للابن مال وهو منقطع إليه، وهي يمين تهمة تلزم من يتهم فيها.

قلت: وظاهره أنه لا يمين على أمه لبعد التهمة فيها.

وفي المدونة: صفة من يحجر عليه من الأحرار أن يكون يبذر ماله سرفاً في لذاته من الشرب والعتق وغيره، ويسقط من سقوط من لا يعدّ المال شيئاً. فأقام منه بعض المغاربة: أن من أخرج ماله في المباحات لا يُضرب على يديه. وأشار إليه ابن رشد في الجامع: أن من أخرج ماله لكسب المفاخر أنه غير مضيع لماله لقوله الشاعر:

ما ضاع مال أورثَ المجد أهله   ولكنّ أموال البخيل تضيع

فأجاب [218 ب] المازري: في الإنفاق في جمع الجماعات لأكل الكثير من الطيبات في الميتات والمؤانسات إشكال. ابن القصار: لا يجاء به للحجر، لكنه قال: إن كان ما فضل عن ذلك لا يتصدق به ولا يطعمه، فقوله: لا يطعمه بعد ذكر الصدقة ظاهر أنه أراد إطعامه لإخوانه، وهذا يشير إلى أنه لا يوجب الحجر. والحق اعتبار قلة المال وكثرته والتجربة وقيمته.

قال شيخنا وفي سماع يحيى بن القاسم: من يُعرف بالاكتساب وتنمية ماله وتفقّد عقاره إن كان ذاهب السرف في ما يتصرف فيه من السخاء على

إخوانه وجمع الناس على طعامه وأعطياته لا يحملها ماله فإنه يولى عليه.

ابن رشد: في غير وجوه البر وإرادة الثناء والحمد.

قلت: والذي نقلته عنه من حفظي أحفظه له في الجامع وهو خلاف هذا النقل إلاّ أن يريد في هذا السماع أنه يؤدي إلى فقره وحاجته بخلاف الأول فله وجه.

وسئل المازري عمن لها منذ دخلت بيتها نحو أربع سنين، وتقدم جوابه في دعوى ادُعيتْ عليها بميراث بمراعاة حالها، فإن ثبت رشدها حلفت وإن لم يثبت حلف والدها، وشهدت لها بينة أنهم يعرفونها في حجر أبيها وحكمه لم تنقل عنه إلى الآن[1] وذكر الموصي هذا الكلام أن المفتي أفتاه أن المرأة إذا مضت لها سنة وهي في بيتها فهي على الرشد إلا أن يثبت سفهها.

فأجاب: إنما سألني بعض الطلبة نائباً عنه في الميعاد فذكرت لهم الروايات فيها كثيرة وأن المشهود منها مُضيُ سنة[2] تُحمل على الرشد ولم أحْكِهِ مقلداً له. فالذي كان شيخنا يفتي به أنها باقية على السفه حتى يثبت ظهور حالة تدل على الرشد فليس لنساء البادية وغيرهن ممن يطلع غالباً على الأمور الدنيوية والتصرفات في الأخذ والإعطاء مما يضيق عليهن في الأجل بعد الدخول، ولنساء الحضر المحجوبات بنات الكبار بخلافهن. والأصل بقاؤهن على ما كنّ عليه حتى يظهر خلافه.

وقولهم في حجر أبيها اختيار منها وهي رشيدة فلا يلتفت لهذا الاختيار أو لأجل أنها سفيهة لا تحسن تدبير أمرها كما يدبّره الرشداء فهي على السفه.

ابن سهل عن ابن لبابة وأصحابه: من احتاج ممن لا يملك نفسه إلى بيع وثبت ذلك عند من رفع ذلك إليه من الحكام جاز له البيع عليه ثم لا يكون ذلك ولاية لأن الولايات لا يضم إليها إلاّ القضاة كما يطلق عليها الأهم.

---

(1) كذا وردت الفقرة في جميع الأصول.

(2) جملتان سقطتا من أ.

ابن سهل: انظر جواز بيع الحاكم غير القاضي مال المحجور لضرورة من حاجة أو قضاء دين، فهو حسن وبه أفتى شيخنا. وكثير من جهال المفتين يتوهّم أن ذلك ليس إلاّ للقاضي.

قلت: من نحو هذه المسألة يؤخذ أن تقديم القضاة على المفاصلة في الشركة والقسمة على الأيتام ليس فيها تحجير تام. وأما الحجر التام فهو الذي يقوم مقام الوصية من الأب، كما قال في إرخاء الستور. منها أن مقدم القاضي كالوصي.

الشعبي: اختلف إذا عجز الوصي هل هو تعجيز لليتيم أم لا؟ ويقوم أحد القولين من الشفعة.

وكذا اختُلف في سقوط الإعذار في النفقات لليتيم أو يعذر إليه إذا كان حاضن نفسه.

ويجوز لليتيم طلب حقوقه وإقامة البينات عليها وتعيينها.

وليس له أن يوكل على طلبها وذلك [219 أ] لوصيه.

وتجوز الحسبة في طلب حقوق اليتيم إن لم يكن له وصي، فإن كان له وصي فلا حسبة إلاّ أن يخاف الضعف على الوصي أو التضييع فتنفذ الحسبة.

محتويات الجزء الرابع

من فتاوى البرزلي



مسائل من القضاء



دَارالغَرب الإسلامي

بيروت – لبنان
لصاحبها : الحبيب اللمسي

شارع الصوراتي (المعماري) – الحمراء ، بناية الأسود
تلفون: Tel: 009611-350331 / خليوي: Cellulaire: 009613-638535
فاكس: Fax: 009611-742587 / ص . ب. 5787-113 بيروت ، لبنان
DAR AL-GHARB AL-ISLAMI B.P.:113-5787 Beyrouth, LIBAN

الرقم : 404 / 2000 / 7 / 2002

التنضيد : كمبيوتايب - بيروت

الطباعة : دار صادر ، ص . ب . 10 - بيروت